



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

ALESSANDRA GONÇALVES PINHEIRO PIMENTA

**A APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NOS
PROCEDIMENTOS DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DAS
EMPRESAS**

Brasília

2015

ALESSANDRA GONÇALVES PINHEIRO PIMENTA

**A APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NOS
PROCEDIMENTOS DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DAS
EMPRESAS**

Monografia para conclusão do curso de
bacharel do Centro Universitário de Brasília
– CEUB, como exigência para conclusão do
Curso de Direito.

Prof. Orientadora: Dr^a Dulce Donaire de
Mello e Oliveira

Brasília

2015

ALESSANDRA GONÇALVES PINHEIRO PIMENTA

**A APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NOS
PROCEDIMENTOS DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DAS
EMPRESAS**

Monografia para apresentação à Banca
examinadora do Centro Universitário de
Brasília – CEUB, como exigência parcial
para conclusão do Curso de Direito.

Brasília – DF, ____de _____de 2015

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: Dr^a Dulce Donaire de Mello Oliveira

Professor(a) Examinador(a)

Professor(a) Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

A Deus que se faz presente em todos os momentos da minha vida, e por óbvio, nesta caminhada que foi o curso de Direito.

À professora orientadora, por todas as orientações recebidas durante a realização do trabalho. Elas foram fundamentais para a concretização deste.

Aos meus pais, espelho de caráter e dignidade.
Aos meus irmãos, a união entre nós sempre fez a força.

RESUMO

O trabalho faz uma revisão bibliográfica a respeito da arbitragem nos processos de falência da empresa. A crescente utilização da arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos, combinado com pedidos de falência tem sido uma constante nos tribunais arbitrais ensejando a se tornar cada vez mais frequente o convívio entre os institutos. A utilização da arbitragem no curso do processo de falência, a tendência é a de prestigiar a utilização deste meio alternativo de resolução de conflitos como mecanismo célere e eficiente para a solução de disputas entre os credores da empresa em processo de falência ou entre estes mesmos credores e a recuperanda. O objetivo deste trabalho é o de tratar de forma específica a aplicabilidade da arbitragem nos procedimentos concursais, tanto no âmbito da falência quanto no da recuperação de empresas. A questão-problema diz respeito a *vis attractiva* do juízo falimentar (art. 75 da Lei de Falências), posto que a utilização da arbitragem não ocasiona lesão aos credores, e portanto, não feriria a essência da norma legal. A resistência à utilização da arbitragem em casos de falência tem vindo a diminuir diante dos benefícios da celeridade e eficiência na resolução de conflitos. Os limites impostos à arbitragem obedecem a Lei nº 9.307/1996 e pela Lei nº 11.101/2005. Apesar dos benefícios da arbitragem quando da falência da empresa, ainda existem consideráveis entraves para a imposição da utilização da arbitragem. A conclusão aponta para a abertura do Judiciário e árbitros diante possibilidade de soluções criativas e flexíveis quando da utilização da arbitragem em prol da efetiva superação da crise econômico-financeira do devedor, da razoabilidade e da harmonização dos interesses dos credores e dos devedores sem, contudo, comprometer a segurança jurídica e os demais princípios norteadores do direito.

Palavras-chave: arbitragem, recuperação de empresas, falência, celeridade, lei nº 11.101/2005.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A EMPRESA EM CRISE E OS PROCEDIMENTOS CONCURSAIS	11
1.1 A Empresa em Crise e suas Possibilidades de Recuperação	11
1.1.1 A Recuperação Judicial	13
1.1.2 A Recuperação Extrajudicial.....	15
1.1.3 A Falência.....	17
1.2 Função Social da Empresa	20
1.2.1 O Princípio da Preservação da Empresa.....	22
1.3 Dos Procedimentos Concurais: os Custos de Transação	23
2 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM	26
2.1 As vantagens.....	29
2.2 A Convenção de Arbitragem e seus Efeitos	30
2.2.1 A Cláusula Compromissória	31
2.3 Validade da Instituição da Convenção de Arbitragem e seus Prosseguimentos	33
2.3.1 Hipótese de Paralisação do Processo de Arbitragem.....	33
2.3.2 A Arbitragem antes de uma ação Judicial: a [não] possibilidade de suspensão	35
2.4 A Arbitragem no Direito Comparado.....	40
3 A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS PROCEDIMENTOS CONCURSAIS ...	42
3.1 Dos principais pontos de conflitos	42
3.1.1 A Recuperação Judicial Incidental à Arbitragem	43
3.1.2 A Instauração da Arbitragem envolvendo Empresa em Recuperação Judicial..	46

3.1.3 Arbitrabilidade dos Conflitos relativos ao Processo de Recuperação Judicial.....	50
3.2 Procedimentos Concurrais na Arbitragem	53
3.3 Desnecessidade de suspensão do procedimento arbitral	58
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

Conflitos. Esse é um fator que se encontra associado diretamente com a evolução humana. São séculos de uso da força, de soluções negociadas e arbitradas por terceiros, aplicadas de maneira formal e informal, sob o manto do Direito ou dele distantes. A humanidade está sempre em constante mudança e buscando formas efetivas para a solução de seus conflitos visando a garantir o bem-estar social.

Existem dois tipos básicos de conflitos: os internos, se caracterizam pela tomada individual de decisões referentes à vida particular do indivíduo, e externos, são os conflitos que surgem entre duas ou mais pessoas chamadas de interpessoais. É deste último tipo de conflito que será feita a abordagem no presente trabalho. O conflito faz parte da natureza do homem. Mas, ainda que faça parte de sua natureza este [o conflito] não deve ter a última palavra, e, portanto, deve ser sobrepujado, superado, prevalecendo então, a manutenção de uma relação pacífica com outro homem, isenta de qualquer ameaça de medo.

A partir desta compreensão, percebe-se que o conflito não deve ser caracterizado apenas do aspecto de vista negativo, pois por meio dele a humanidade enfrenta inúmeros desafios que quando superados colaboram tanto para o desenvolvimento pessoal quanto para o social, minimizando os riscos e os danos. Surge, no entanto, a necessidade do Estado, por meio do Direito, atribuir ao conflito uma visão jurídica, o dever de manter a paz social e estabelecer a ordem jurídica realizando procedimentos de resolução ou prevenção de conflitos. O Estado se figurou como a instância máxima para dirimir as divergências e tutelar os interesses dos cidadãos.

Ocorre que com as mudanças sofridas no decorrer dos tempos, justamente por conta dos conflitos, fez com que a população adquirisse maior conscientização de seus direitos, ao mesmo tempo que exigiam mais direitos. O Estado, garantidor do convívio harmônico em sociedade, não estava preparado para gestões e prestações efetivas que satisfizessem o litígio de tantas demandas.

Nos dias atuais não se pode imaginar somente o Poder Judiciário como único ente dotado de capacidade de solucionar os conflitos sociais. A crise na

prestação jurisdicional pelo Judiciário e o anseio por acesso à Justiça evidenciam a necessidade da busca por novas formas de resolução dos conflitos, por meio de mecanismos mais céleres e menos onerosos que atendem às exigências do Estado, de modo a permitir que o cidadão obtenha a solução de seu conflito sem passar, obrigatoriamente, pelo Poder Judiciário. Um destes mecanismos é a arbitragem, objeto de estudo deste trabalho, considerada ser uma das formas mais antigas de solução de conflitos.

A arbitragem consiste em um meio alternativo de dirimir divergências pactuado entre as partes, afastando a jurisdição estatal, tendo seu litígio julgado por um árbitro. Para o trabalho aqui desenvolvido, a arbitragem também vem sendo aplicada nos procedimentos concursais, tais como, nos casos de Falência e de Recuperação de Empresas, proporcionando inevitáveis interações diante dos conflitos daí advindos.

O objetivo deste trabalho é o de tratar de forma específica a aplicabilidade da arbitragem nos procedimentos concursais, tanto no âmbito da falência quanto no da recuperação de empresas. A questão-problema diz respeito a *vis attractiva do juízo falimentar* (art. 75 da Lei de Falências), posto que a utilização da arbitragem não ocasiona lesão aos credores, e portanto, não feriria a essência da norma legal. Ou seja, a lei das Falências permite que não exista uma predominância ou monopólio do judiciário para tratar as questões que dizem respeito a recuperação judicial ou a própria falência das empresas [ou do empresário devedor].¹ Entre os muitos meios de reaver o adimplemento do empresário devedor,² existe também a arbitragem na promoção da decretação de tais institutos.

A convenção de arbitragem é parte indissociável da arbitragem, tanto assim que a parte que a celebrou assiste o direito de compelir judicialmente a contraparte recalcitrante a integrá-la. Ou seja, alterações supervenientes da mesma

¹ O art. 75 da lei falencial alterou de forma significativa o conceito anterior de que a falência era o fim da empresa, pressupondo a figura de desonestidade do falido, sendo irrecuperável o crédito; superou-se a forma drástica de 'morte do devedor', tradução literal de '*mors omnia solvit*', ou seja, do devedor empresário, assim, tudo se resolveria. LOPES, 2014.

² No curso do processo de falência o Administrador Judicial e o Comitê podem se organizar e promover a venda imediata dos bens corpóreos, para afastar a deterioração, ou desenvolver opções empresariais que estanquem custos da massa e possibilitem a geração de ingresso de recursos no ativo falencial. Além das formas enumeradas na *Lex Specialis*, os interessados têm o direito de promover atitudes negociais lícitas com o propósito de minorar e reduzir os efeitos drásticos da quebra. LOPES, 2014. Op. cit.

natureza daquelas decorrentes da decretação da falência ou da liquidação extrajudicial quanto às partes que celebraram a convenção de arbitragem não lhe retiram a eficácia.

Importante falar nesta introdução da mudança que se deu a nível de oportunidade à empresa que se encontra em crise, com a Lei de Falência – Lei nº 11.101/2005 –, que inova ao criar o instituto da recuperação judicial da empresa, que procura garantir a manutenção dos postos de trabalho, substituindo a atual concordata e diminuindo a importância da falência. Busca assim, evitar a liquidação de empresas viáveis e o agravamento da crise econômica e social no país. O objetivo da nova Lei é dar às empresas uma chance a mais de continuar no mercado, sempre que sua manutenção for economicamente viável.

Para explicar o objetivo proposto, o trabalho está dividido em 3 capítulos: O primeiro capítulo aborda a forma pela qual se ocorre os procedimentos concursais da Falência e Recuperação de Empresa, fazendo uma breve explanação sobre ambos. O segundo capítulo aborda o instituto da arbitragem, juntamente com seus princípios, elementos essenciais, vantagens, e suas convenções e efeitos, ou seja, será feita uma análise do procedimento arbitrais. O terceiro capítulo trata acerca dos procedimentos concursais se submeterem à arbitragem e de que forma isso é possível sem afrontar a Lei nº 11.101/05.

1 A EMPRESA EM CRISE E OS PROCEDIMENTOS CONCURSAIS

A empresa é a representação de uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. É por meio dela que a maior parte das atividades da economia moderna ocorrem e delimita o âmbito de atuação do direito empresarial. É este que disciplina a atividade empresarial e os diversos atos nos quais ela se concretiza, e também disciplina quando esta entra em crise. Razão pela qual é importante abordar os tópicos referentes a função social da empresa, bem como identificar as formas de superação e extinção da crise, conforme se verificará nos tópicos a seguir.

1.1 A Empresa em Crise e suas Possibilidades de Recuperação

A atividade empresarial gera uma série de dificuldades para quem a exerce, seja na busca de novos mercados, seja na manutenção da clientela, nas exigências que a atividade impõe (PIMENTA, 2006, p. 70). Estas dificuldades, naturais no exercício da empresa, podem acabar culminando em crises que podem advir de fatores alheios ao empresário, bem como também de suas características intrínsecas na sua atuação. Elas podem significar uma deterioração das condições econômicas da atividade, bem como uma dificuldade de ordem financeira para o seu prosseguimento. As três principais crises que podem afetar a empresa e fazerem com que ela se torne inadimplente e aumento o risco dos credores, prejudicarem empregados, comunidade e fisco, posto que estão ligados a atividade desempenhada, e por fim, leva-la a falência são: econômica, financeira e patrimonial (TOMAZETTE, 2014, p. 4).

A crise econômica é a retração dos negócios desenvolvidos pelo titular da empresa (COELHO, 2008, p. 231). A atividade começa a ter rendimentos menores do que seus custos, causando prejuízos. Seus desdobramentos podem gerar outras crises que afetam outros sujeitos. A princípio esta crise não ensejaria respostas do

Estado ou do mercado, contudo, se seus desdobramentos se avolumarem, o mercado e o ordenamento jurídico já oferecem respostas.

As crises financeiras, por exemplo, revelam uma constante incapacidade de a empresa fazer frente as próprias dívidas. Trata-se de uma crise de liquidez que inviabiliza o pagamento dos compromissos do dia a dia, resultando em dificuldades de manter os contratos com os fornecedores e com o sistema de crédito, atingindo terceiros que circundam a atividade.

A crise patrimonial representa uma fase que a empresa já se encontra com patrimônio insuficiente para arcar com as dívidas. A insuficiência de bens no ativo para atender a satisfação do passivo, isto é, trata-se de insolvência, em sentido mais econômico. Tal crise não é perniciosa, na medida em que pode decorrer de grandes investimentos realizados, cujos resultados podem ser mais que suficientes para restabelecer o equilíbrio patrimonial. Esta crise aponta algumas preocupações se aumentar o risco de crédito (TOMAZETTE, 2014, p. 4).

A principal crise é a financeira, e o direito empresarial é que tutela o crédito, que é fundamental para as atividades empresariais. As crises econômicas e patrimoniais não podem ser minimizadas pois também possuem efeitos lesivos. O ordenamento jurídico trata da crise econômica por meio do artigo 47 da Lei 11.101/2005, e indiretamente das demais crises aqui não tratadas (crise de rigidez, crise de eficiência) (TOMAZETTE, 2014, p. 4-5). As consequências de tais crises podem atingir os interesses do empresário, dos empregados, do fisco, da comunidade e dos credores, ensejando normas específicas sobre a empresa em crise. Daí surgem algumas respostas estatais e do mercado a estas empresas em crise (TOMAZETTE, 2014, p. 1).

As soluções existentes estão protegidas pelo direito empresarial, e seriam a solução de mercado e as soluções estatais. Para as soluções de mercado pode-se dizer que acordos entre devedor em crise e seus credores, aquisição de ativos, trespasse de estabelecimento, incorporação de sociedade, aquisição de controle, dentre outros. Tais soluções do mercado são regidas pelas normas inerentes ao negócio realizado, não havendo um tratamento especial tendo em vista de ser uma forma de superação da crise da empresa (COELHO, 2008, p. 234).

A solução de mercado é a forma natural de superação das crises, mas depende da atuação das forças do mercado e também da possibilidade econômica de realização dos investimentos. Em certos casos, o empresário que passa pela crise se recusa a permitir o ingresso de novos investidores, o que inviabiliza a solução do mercado. Apesar disso, não pode afirmar que as crises que não encontram solução no mercado, o aparato estatal oferece novas regras a tais crises.

As crises da empresa são perniciosas para a própria economia de um país, e por isto, o próprio aparato estatal deve fornecer meios de superação desta crise, para proteger a própria economia do país. Tais soluções estatais, a princípio, terão lugar apenas na impossibilidade de uso das soluções do mercado (COELHO, 2008, p. 236).

Para superar as crises pelas quais passa a empresa, o ordenamento jurídico brasileiro fornece três institutos que visam minimizar os impactos sofridos pela inadimplência, sustentados pela Lei de Falência nº 11.101/2005. A lei elenca então, três formas para resolver a situação da empresa em crise: a recuperação extrajudicial, judicial e falência.

1.1.1 A Recuperação Judicial

A recuperação judicial está expressa no artigo 47 da referida lei, e se caracteriza por ser uma medida genérica que visa a superação da crise na empresa, podendo ser extrajudicial ou judicial (CRIPPA, 2011). A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (art. 47, Lei nº 11.101/2005). Consiste em uma série de atos praticados sob supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldade econômico-financeiras temporárias (PIMENTA, 2006, p. 68).

A recuperação judicial prevista no art. 47 Lei nº 11.101/2005 é uma medida genérica para solucionar a crise pela qual a empresa passa, e serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial. Paulo Sérgio Restiffe explica que a recuperação judicial é a:

[...] pretensão posta em juízo (ajuizada) – no exercício do direito de Ação, portanto -, de natureza privatística empresarial, cujo objetivo é atingir, extraordinariamente a extinção das obrigações, com a superação da crise econômico-financeira, cabendo ao Estado entregar a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência do pedido, no estabelecimento do estado de recuperação empresarial, ou em caso de improcedência, no eventual estabelecimento do estado de falido (RESTIFFE, 2008, p. 47).

Eduardo Goulart Pimenta (2006, p. 68) diz que recuperação judicial representa “uma série de atos praticados sob supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômico-financeiras temporárias”. Sérgio Campinho afirma que a recuperação judicial é o:

Somatório de providências de ordem econômico-financeira, econômico-produtiva, organizacional e jurídica, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isto, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra o empresário, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores (CAMPINHO, 2012, p. 10-11).

Tomazette (2014, p. 43) explica que a recuperação é um conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com o objetivo de superar as crises de empresas viáveis. O autor registra os seguintes elementos essenciais da recuperação judicial: a) série de atos;³ b) consentimento dos credores; c) concessão judicial; d) superação da crise; e, e) manutenção das empresas viáveis.⁴

O objetivo da recuperação judicial é o da superação da crise econômico-financeira pela qual passa o devedor empresário. A finalidade imediata é, portanto, afastar a crise, contudo, o instituto também pode ser usado para prevenir a

³ As medidas de reestruturação podem ser as mais diversas, daí se falar em uma série de atos na recuperação e não apenas em um ato específico. Diversos são os atos para possibilitar a recuperação, como mudanças nas relações com os credores (novação das obrigações), até a alteração do padrão para a gestão interna da atividade (TOMAZETTE, 2014, p. 43).

⁴ Esta manutenção da empresa viável é feita pelos credores que irão analisar os valores em jogo, ponderando os ônus da manutenção da atividade e os ônus do encerramento da atividade.

eminência de uma crise (QUEIROZ, IN: OLIVEIRA, 2006, p. 13). Conforme lembra Tomazette (2014, p. 46) a crise é evitável, sendo pois, muito melhor impedi-la de começar do que deixá-la acontecer, para só então solucioná-la. Portanto, o objetivo mais amplo da recuperação é a superação ou a prevenção de crises da empresa.

Dentro deste objetivo mais amplo, se inserem os objetivos específicos indicados no artigo 47 Lei nº 11.101/2005, quais sejam: a) a manutenção da fonte produtora; b) a manutenção dos empregos dos trabalhadores; e, c) a preservação dos interesses dos credores (MAMEDE, 2006, p. 183). Para estes objetivos serem atingidos, há uma ordem entre eles. A ordem de pagamentos é dada pela teoria dos jogos.⁵ E as negociações a serem realizadas, além de observarem esta teoria, também obedecem a critérios legais, os quais serão tratados adiante.

1.1.2 A Recuperação Extrajudicial

A recuperação extrajudicial é um acordo de vontades, privado, feito entre o credor e o devedor, sendo homologado judicialmente quando há a ocorrência de

⁵ A teoria dos jogos tenta modelar as interações entre os grupos de interesse, quando estes agem de forma estratégica, isto é, como se fosse um jogo, levando em conta a conduta dos outros (POSNER, 1998, p. 21; SADDI, PINHEIRO, 2005, p. 167).⁵ Tal teoria lida justamente com estas situações nas quais a estratégia é importante (COOTER, ULEN 2000. p. 35; BAIRD, GERTNER, PICKER, 2001, p. 1). As interações ocorrem nas mais diversas situações, e especialmente nas situações da empresa em crise. Os conflitos são constantes, uma vez que cada grupo de interesses (fisco, credores, fornecedores, trabalhadores...) tentará proteger o seu interesse, mas a solução tenderá a ser a mais eficiente para todos, diante da racionalidade econômica esperada em relação aos agentes. Para entender a conduta dos agentes ligados a uma empresa em crise é necessário identificar o jogo, os jogadores, as estratégias possíveis e os ganhos esperados para cada estratégia (COOTER, ULEN 2000. p. 35; PIMENTA, 2006, p. 79; SADDI, PINHEIRO, 2005, p. 158). Estes diversos grupos, como os empregados, os fornecedores e outros, são os jogadores, que terão a possibilidade de apoiar ou não o plano de recuperação apresentado (estratégias) (PIMENTA, 2006, p. 79). Os ganhos esperados para cada estratégia são os proveitos que cada grupo terá com a recuperação, no caso de apoio ao plano ou, com a falência, no caso de rejeição. A não aprovação do plano irá gerar a convolação da recuperação em falência e poderá gerar o pagamento integral dos créditos dos fornecedores e empregados, a depender do ativo do devedor, sem a manutenção da atividade. A grande ideia da recuperação é convencer os grupos de interesse de que os ganhos serão maiores no futuro com a manutenção da atividade. O empresário deverá convencer seus credores (fornecedores, empregados) de que é melhor abrir mão de algo naquele momento, para posteriormente haver ganhos maiores. A decisão de cada jogador nestes casos dependerá diretamente do grau de informação que eles tenham sobre o jogo, para que possam tomar a decisão que seja a mais eficiente sob o seu ponto de vista (TOMAZETTE, 2014, p. 48). Pimenta (2006, p. 84) explica que, cabe à legislação incentivar os jogadores para que eles tenham colaboração mútua e apoiem a melhor estratégia para todos.

adesão dos credores no plano de recuperação, através da formação de uma assembleia de credores, sendo tratados como uma comunhão para todos os efeitos da recuperação. A recuperação extrajudicial tem o mesmo objetivo da recuperação judicial, mas atua de forma distinta, com menor intervenção do aparato jurisdicional. Neste tipo de recuperação há uma liberdade maior para o empresário e os sujeitos interessados. O Poder Judiciário só terá atuação se chamado, sua atuação é homologatória (TOMAZETTE, 2014, p. 6). Em decorrência disto, a lei prevê um prazo de 180 dias onde ficam suspensas qualquer ação de execução contra a empresa devedora que requisitou a recuperação extrajudicial. Todavia, poderá haver negociações com os credores, porém, fica vetado ajuizar ações para o recebimento de créditos nesse período. O objetivo deste procedimento é fazer com que a empresa consiga superar, ou até mesmo prevenir, a crise econômico-financeira.

Percebe-se pela norma legal, a existência de uma ordem de preferência, dando prioridade a manutenção da atividade, pois gera empregos, riquezas e atendimento as necessidades da comunidade. Em segundo plano do enfoque na manutenção do emprego dos trabalhadores, mas, para que isso ocorra tem que analisar as proporções tomadas pela crise. E em terceiro lugar deve prevalecer o interesse dos credores. Se não for possível a manutenção da empresa pela recuperação extrajudicial, far-se-á requisição da recuperação judicial, que consiste na viabilização e superação da crise por meio do plano de reestruturação empresarial, apresentando os requisitos elencados no artigo 51 da Lei de falências (SOUSA, 2008).

Assim, o devedor deverá apresentar um plano de reestruturação demonstrando como pretende pagar os seus credores, juntamente com documentos que comprovem a viabilidade econômica da empresa para sua manutenção. Neste período, assim como na recuperação extrajudicial, a empresa ficará isenta de ações de execução pelo prazo de 180 dias, salvo, as execuções fiscais (ALMEIDA, 2011). Em seguida, será formada a assembleia de credores que ficará responsável pela análise do plano de recuperação proposto pelo empresário devedor, aderindo-o ou não. Porém, se nenhum dos dois procedimentos descritos derem certos, a última opção do devedor empresário é decretar a falência da empresa, havendo, assim, a liquidação do passivo para arcar com o pagamento do ativo, só se encerrando após

o pagamento de todos os credores, conforme disciplina o artigo 158 da lei nº 11.101/05 (RUBENS, 2015).

Já a falência, objeto do próximo subitem, só ocorre quando na recuperação da empresa tem-se de optar pela liquidação patrimonial de forma forçada, posto que se trata de um processo de execução coletiva contra o devedor empresário. A falência, “ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (art. 75, Lei nº 11.101/2005). Por se tratar de um procedimento de execução coletiva, seu objetivo final é o pagamento de todos os credores. É com este sentido que é feita a otimização dos bens, ativos, recursos produtivos e os intangíveis (PENTEADO, In: SOUZA JÚNIOR e PITOMBO, 2005, p. 76).

1.1.3 A Falência

A expressão falência - insolvência, ruína, quebra - originalmente vem de *banca rotta*, literalmente o banco em que os comerciantes negociavam (*banca*) que não podia honrar os seus compromissos por estar “quebrado” (*rotta*). O estudo da falência vem desde os primórdios do comércio e muito se avançou tanto na mudança de seus princípios ordenadores quanto de seus objetivos. Por exemplo, em Portugal, em 1521, nas Ordenações Manuelinas, previa-se que, ocorrendo a falência, o devedor seria preso até pagar o que devia aos credores. E, pelo Alvará de 13 de novembro de 1756, promulgado pelo Marquês de Pombal, havia a previsão da pena de morte para os condenados em razão de uma falência caracterizada como fraudulenta, medida que vigorou quase sem alterações no Brasil Colônia. Hoje não se imagina esquarterar o devedor falido, nem prender o devedor, mas, de ter um sistema ordenado e eficiente para lidar com as crises empresariais (SADDI, 2004, p. 154).

Com a edição da Lei de Falências, Lei nº 11.101, de 9.2.2005, mais uma vez, verifica-se uma tentativa de minimizar o impacto da inadimplência e das incertezas de recebimentos de créditos legítimos nos custos de produção e juros dos

agentes econômicos. Além disso, a lei anterior; Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, foi instituída num período em que o parque industrial no Brasil ainda era incipiente e a economia era predominantemente agrária, restando em uma lei falimentar obsoleta e superada (SADDI, IN: TIMM, 2012, p. 342). São os princípios de Direito e Economia que perfazem uma eficiente lei falimentar.

Conforme já foi dito, a falência é um dos três institutos previstos na nova lei - a recuperação extrajudicial, a judicial e a falência -, e seguindo a uma tendência internacional de recuperar e não liquidar as empresas em crise, a Lei nº 11.101/2005 busca pela recuperação da empresa, mas não a ponto de desvirtuar os riscos da atividade, passando-os aos credores. Quando não é possível ou não é viável a recuperação, deve-se proceder à liquidação forçada do patrimônio do devedor, para reduzir ou evitar novos prejuízos decorrentes do exercício da atividade por aquele devedor.

A falência representa justamente este meio de liquidação forçada do patrimônio do devedor empresário. A própria expressão falência vem de *fallere* (faltar, enganar), mantendo ainda a ideia da situação daquele que falta com o compromisso (MENDONÇA, 1964, apud: MOTA, 2005). Já do ponto de vista econômico a falência vem sofrendo, importantes mudanças tanto nos seus princípios orientadores bem como em seus objetivos (SILVA, 2006, p. 233).

Alfredo Rocco, citado por Tomazette (2014, p. 253) afirma que a falência, sob o ponto de vista econômico, representa um fato patológico no desenvolvimento da economia creditícia, vale dizer, ela é o efeito do anormal funcionamento do crédito. Juridicamente, porém, analisa-se a falência sob outros pontos de vista.

Para Saddi (In: TIMM, 2004, p. 343) a falência é a morte da empresa, portanto, medida definitiva e grave. O código civil afirma que a sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033⁶ e, se

⁶ Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; II - o consenso unânime dos sócios; III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código. (Lei nº 10.406/2002).

empresária, também pela declaração da falência. Declarada a falência da sociedade, há liquidação dos passivos (para honrar os ativos) e só se encerra a falência, ocorrendo qualquer das hipóteses de que trata o art. 158, da Lei 11.101/2005,⁷ que cuida da extinção de obrigações, quando o falido paga a todos. Este é o momento em que pode requerer em juízo - por sentença -, que todas as suas obrigações foram extintas.

A falência poderá ser pleiteada por qualquer empresário, até mesmo os irregulares. Sendo empresário individual, o mesmo requererá a falência. Já se tratando de uma sociedade empresária o requerimento será feito por seus administradores dependendo de previa manifestação da vontade da sociedade pelos sócios ou acionistas.

Na decretação de falência o empresário deverá apresentar a razão pela qual não possui condições de continuar exercendo a atividade empresarial. Além disso, deverá apresentar outros documentos exigidos pelo artigo 105 da Lei nº 11.101. A falência também poderá ser decretada por terceiro regularmente autorizado pela legislação, como por exemplo: qualquer credor e os sócios ou acionistas.

Após ajuizado o pedido o juiz deverá prosseguir com o processamento do pedido, determinando a citação do requerido para que possa:

1. Apresentar o pedido de recuperação judicial;
2. Efetuar o dispositivo elisivo, com ou sem contestação;
3. Contestar o pedido no prazo de 10 dias;
4. Ficar inerte;
5. Reconhecer o pedido (CAMPINHO, 2012).

Dependendo da proposta adotada pelo devedor o processo tomará rumos distintos. Optando pela primeira, o devedor reconhece que está passando por uma crise econômico-financeira e tenta supera-las. Preservando, assim, a empresa e sua função social.

⁷ Art. 158. Extingue as obrigações do falido: I – o pagamento de todos os créditos; II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo; III – o decurso do prazo de 5 anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei; IV – o decurso do prazo de 10 anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei. (Lei nº 11.101, 2005).

Se preferir a segunda, deverá, o devedor, efetuar um depósito impeditivo da decretação de falência, isto é, efetuar o depósito do valor total do crédito mais a correção monetária juntamente com os juros e honorários advocatícios, porém, sendo feito este depósito não há o que se falar em insolvência. Este depósito tem como objetivo impedir a falência requerida anteriormente. A terceira opção é a apresentação da contestação, dentro do prazo de 10 dias, afim de evitar a decretação falência. Não obstante, o devedor também poderá optar por ficar inerte, o que se equivale à revelia e confissão ou, ainda, poderá reconhecer o pedido de falência (CAMPINHO, 2012).

Feita a escolha pelo devedor, o juiz ordenará a audiência de conciliação e se não se chegar a uma solução designará a produção de provas e em seguida julgará o pedido da falência. Decretada a falência, por meio de sentença, deverão ser observados os elementos contidos no artigo 99 da Lei nº 11.101/05 para o prosseguimento do processo com maior efetividade e segurança.

A sentença será publicada na imprensa oficial nos locais que o devedor possuir estabelecimento, bem como o edital contendo a decisão e a lista de credores fornecida pelo devedor. O membro do ministério público e da fazenda pública deverão ser comunicados, abrindo, em seguida, prazo para oposição de recursos contra a decisão (art. 7º, LEI nº 11.101/2005).

1.2 Função Social da Empresa

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXII, assegura a todos como direito fundamental o direito de propriedade. Com tal dispositivo, a Constituição garante o “direito de apropriação, o direito de aquisição dos bens ou, mais amplamente, de direitos patrimoniais pelos particulares” (MIRANDA, 1988, p. 466). Dentro desta ideia, a todos os particulares é assegurada também a propriedade dos meios de produção (GRAU, 1998, p. 254) e consequentemente o exercício de atividades econômicas empresariais. Isto é assim compreendido desde que a propriedade atenda a uma função social (CF/88 - art. 5º, XXIII). León Duguít (2007), citado por Tomazette (2014, p. 51) afirma que o direito positivo não protege o direito

subjetivo do proprietário, mas garante ao possuidor da riqueza o direito de cumprir sua função social. A ideia a prevalecer é a de uma propriedade-função e não de um direito absoluto de propriedade.

A expressão *função social* traz a ideia de um dever de agir no interesse da própria sociedade (SZTAJN e FRANCO, 2008, p. 279), restando desta forma, um poder-dever onde a propriedade fica vinculada a uma finalidade coletiva e não individual (GRAU, 1998, p. 255; BERCOVICI, 2001, p. 77). Assim sendo, não há uma liberdade absoluta no direito de propriedade e, por conseguinte, no exercício das atividades empresariais. Há sempre uma função social a ser cumprida, a qual ganha especial relevo na recuperação judicial, conforme é expresso no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005.

Pela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito do seu titular, isto é, ela tem uma função maior. Não interessam apenas os desejos do empresário individual, do titular da Empresa Individual EIRELI⁸ ou dos sócios da sociedade empresária. Esta função é dada por social, porque engloba os interesses que circundam a existência da empresa, quais sejam, os interesses dos empregados, do fisco e da comunidade (ARNOLDI, 2002, p. 219).

Na recuperação judicial, é sob este entendimento que ocorrem as tomadas de decisões, e estipulam limites para as interpretações dos credores e do devedor, ou seja, prevalece a função social. A recuperação é da atividade e não do seu titular.

⁸ Criada pela Lei 12.441, de 11.7.2011, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI é aquela constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não poderá ser inferior a 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País. O titular não responderá com seus bens pessoais pelas dívidas da empresa. A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa desta modalidade. Ao nome empresarial deverá ser incluído a expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa. A EIRELI também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio. A Empresa individual de responsabilidade limitada será regulada pelas normas aplicáveis às sociedades limitadas. O DREI - Departamento de Registro Empresarial e Integração, publicou a Instrução Normativa nº 10/2013, em 5.12.2013, que aprova o Manual de Atos da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (JUNTA COMERCIAL DO PARANÁ, 2015).

1.2.1 O Princípio da Preservação da Empresa

Atrelado ao sentido de função social da empresa, tem-se o princípio da preservação da empresa (CARVALHO, IN: CARVALHO e CASTRO, 2008, p. 188), fundamental para a interpretação da recuperação judicial. Encontra-se substanciado ao longo de diversos dispositivos da Lei nº 11.101/2005, que denotam a intenção de manutenção da atividade (TOMAZETTE, 2014, p. 52).

Tal princípio tem sua origem no princípio da garantia do desenvolvimento nacional, previsto nos artigos 3º, II; 23, X; 170, VII e VIII; 174, *caput* e § 1º; e, 192 da Constituição Federal (RUSTIFFE, 2008, p. 4). A ideia da preservação da empresa envolve a separação entre a sorte da empresa (atividade) e a sorte do seu titular (empresário individual ou sociedade), bem como da sorte dos sócios e dirigentes da sociedade (SANTOS, IN: BATTELO, 2008, p. 27; CARVALHO, IN: CARVALHO e CASTRO, 2008, p. 182.). O foco da recuperação judicial não é o empresário (individual ou sociedade), mas sim a manutenção da atividade da empresa em funcionamento, tendo em vista que assim sendo, permitirá a proteção de outros interesses mais (fisco, comunidade, fornecedores, empregados, etc.) (TOMAZETTE, 2014, p. 52).

William Eustáquio de Carvalho (In: CARVALHO e CASTRO, 2008, p. 188) alerta para que, o princípio da preservação da empresa não só separa a sorte da empresa e do empresário, como indica que o propósito liquidatório deve ficar em segundo plano, prevalecendo a preservação da empresa se esta for viável. Mesmo antes da lei 11.101/2005, o Superior Tribunal de Justiça (REsp. 399,644/SP, 2002, p. 259) já vinha afastando a prevalência do intuito liquidatório, asseverando que a falência não deveria servir de coação para o recebimento de dívidas pelos credores, sendo cabível apenas para empresas inviáveis. O interesse individual na liquidação não se justifica, devendo ceder lugar ao interesse coletivo da manutenção da atividade.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a importância desse princípio na própria aplicação da lei, ao determinar que uma ação continuasse suspensa mesmo após o prazo de 180 dias, definido no artigo 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2008. A aplicação literal da lei conduziria ao restabelecimento do processo, com a

possibilidade de todas as medidas a ele inerentes, inviabilizaria a superação da crise. Assim, o princípio da preservação da empresa vem para temperar o rigor da lei, em prol do interesse maior da superação das crises. O STJ decidiu que:

O destino do patrimônio da empresa-ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da Recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa (STJ, CC 70.170/SR, 2008).⁹

O individual não pode ser mais importante que o coletivo e, por isto, sempre que possível deve-se buscar a preservação da empresa, ainda que em detrimento de um credor. (TOMAZETTE, 2014, p. 53). Para entender melhor a aplicabilidade deste princípio, deve-se analisar os custos de transação de uma empresa e o seu impacto econômico, tanto para o empresário quanto para sociedade.

1.3 Dos Procedimentos Concursais: os Custos de Transação

A atividade empresarial consiste na produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. Este tipo de atividade proporciona vários riscos ao para quem a exerce podendo ser devido a ações do empresário ou alheio a sua vontade, colaborando para a decretação de falência da empresa, em última instância. Ou seja, quando ocorre a falência é necessário que se ordene uma 'solução de conflitos', onde se prevê um estudo dos custos de transação, e da assembléia de credores (comitê de credores) (SADDI, 2005, p. 340).

Quando se fala em falência e recuperação de empresas, é necessário entender o que são custos de transação, expressão esta que sofreu uma popularização ao longo dos anos tanto no ramo do Direito quanto no ramo da

⁹ O STJ dá tal entendimento, na ação possessória, ajuizada pela INFRAERO contra a VASP para a retomada de área utilizada pela devedora, então em recuperação (STJ. CC 79.170/SR, 2008).

Economia. Estes custos estão associados à captura, transferência e proteção do direito, ou seja, são custos decorrentes da despesa de se administrar um sistema econômico. Dentre eles encontra-se: os custos de informação, negociação e execução dos contratos. No dispositivo da falência há a preservação destes determinados direitos.

Existem cinco elementos que configuram os custos de transação: informação, negociação, contrato, monitoramento e a correta execução do contrato. O primeiro diz respeito acerca das informações de qualidade dos serviços ou mercadorias e até mesmo da qualificação do empregado, enfim é a qualificação da atividade econômica em si. Na negociação, segundo elemento, tem-se estabelecida a vontade das partes juntamente com as suas limitações sendo ainda realizado um estudo de mercado. Terceiro elemento é a celebração do contrato entre as partes interessadas. No quarto há o monitoramento dos contratantes no qual, é fiscalizada a aplicação do instrumento firmado entre as partes. No quinto, e último elemento, verifica-se a correta aplicação do contrato cumprindo todos os seus requisitos e cláusulas estabelecidas (ALMEIDA, 2006).

Quando acontece o descumprimento, pelo empresário, de qualquer um destes elementos, ocorre, as chamadas externalidades que são caracterizadas pelos aspectos positivos ou negativos para a sociedade tendo por consequência os atos gerados pelos empresários. Por exemplo, um empresário que despejou lixo industrial em um lago, a sociedade que irá arcar com as despesas para despoluir o lago por meio de pagamentos de impostos.

No âmbito jurídico, existem mecanismos para a proteção da sociedade contra as externalidades negativas, são as regulamentações estatais, pela qual a sociedade não se responsabiliza pelas atitudes dos empresários. Conforme Jairo Saddi:

Quando um agente econômico não incorre em todos os seus custos e tampouco os incorpora, afirma-se que existam externalidades econômicas. [...] externalidades assim é que constituem os chamados “custos de transação”, porque participam da composição de seus elementos – mesmo que muitas vezes o façam de forma oculta [...] Fábio Nusdeo afirma que as externalidades, do ponto de vista da composição dos custos de transação representam um sério entrave ao funcionamento do sistema, pois, se assim é, boa parte de todo o cálculo econômico realizado pelos centros decisórios descentralizados passa a ser viciado por não incorporar todas as

informações relevantes, transmitidas via sistemas de preços. [...] as externalidades representam, pois, uma falha de sinal (SADDI, 2003, p. 233).

Visto isto, pode-se afirmar que a falência representa um custo de transação adicional gerado para o empresário.

Feita esta breve explanação dos procedimentos concursais, no próximo capítulo apresenta-se como se dá a configuração da cláusula de arbitragem submetendo, empresas em falência e recuperação judicial, aos procedimentos arbitrais.

2 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM

A arbitragem consiste em um método alternativo de solução de conflitos, no qual as partes se submetem com o objetivo de dirimir suas divergências. Como disciplina Carlos Alberto Carmona:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor (CARMONA, 2009, p. 31).

A arbitragem é um método consensual de resolução de controvérsias, por meio do qual as partes, no âmbito da autonomia da vontade, outorgam a árbitros privados o poder de julgar o litígio de forma definitiva e vinculante. Para tanto, exige-se que as partes ostentem capacidade contratual e que o litígio verse sobre direitos patrimoniais e disponíveis (AMARAL, 2013, p. 18).¹⁰

Para se chegar na aplicabilidade deste meio amigável de resolução de conflitos, houve a necessidade de se configurar um movimento pró-arbitragem no final dos anos de 80 na América Latina ratificando, assim, a Convenção de Nova York de 10 de junho de 1958 acerca do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras, fazendo com que ocorresse a promulgação de novas legislações a respeito do dispositivo.

O Código Civil de 1816 já previa dispositivos sobre a arbitragem, bem como o Código Comercial Brasileiro já a utilizava para resolução de conflitos decorrentes da locação mercantil. Com o passar do tempo foi-se consolidando no Brasil a ideia de que a justiça era monopólio do Estado e com isto o uso das formas alternativas foi perdendo espaço tendo em vista a “competição” com o modelo estatal e causando o “afogamento” do poder judiciário (CELESTE, 2015).

Esta competição é no sentido do indivíduo possuir duas opções quanto a escolha do regime de resolução de controvérsias: de um lado o modelo público

¹⁰ Art. 1º da Lei 9.307/96: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

(cortes estatais), que na visão da maior parte da população proporcionava mais segurança; e, de outro, o modelo privado (árbitros e câmaras arbitrais). Contudo, não se deixa de observar que é o poder judiciário que dá todo o amparo necessário e sentido prático aos procedimentos arbitrais.

Devido a própria disputa e a maior conscientização da população no tocante a seus direitos, colaboraram para a sobrecarga do poder judiciário. Sendo assim, o Estado precisou modernizar seu aparato de prestação judicial aplicando medidas para aumentar a agilidade nos julgamentos e incentivando a realização de arbitragens como remédio para desafogar o judiciário.

A arbitragem para solucionar disputas societárias pode ser convencionada por meio de convenção de arbitragem, por qualquer de suas espécies: cláusula compromissória ou compromisso arbitral (art. 3º, da Lei 9.307/96). Estas são as formas legais e portanto, válidas, para se instaurar uma arbitragem, dispensando manifestação de vontade das partes *a posteriori*. Osternack Paulo Amaral (2012) lembra que a forma mais segura de arguir uma arbitragem societária é por meio da cláusula compromissória inserida no estatuto social no qual já estará indicado um órgão arbitral. Tal procedimento evita no futuro discussões de cunho subjetivo ou de matérias afetas aos árbitros (WALD, 2007, p. 26). Importante lembrar que a existência de convenção de arbitragem exclui a competência da jurisdição estatal, lembrando-se, contudo, que, não pode existir conflito entre o exercício da jurisdição arbitral e aquele da estatal (ARMELIN, 2007, p. 17).

Sob o conceito de arbitragem é possível a identificar de alguns elementos essenciais para a sua caracterização: (i) litígio, (ii) árbitro para solucionar a questão e (iii) manifesta vontade das partes. A partir disso, tem-se claro os princípios norteadores da arbitragem (ALMEIDA, 2013).

Primeiro discorre-se acerca da função jurisdicional do árbitro. Ele assume a posição de juiz causa com a finalidade de proferir a sentença arbitral pondo fim a controvérsia. Sentença essa que, de acordo com o artigo 31 da Lei de arbitragem, produzirá os mesmos efeitos da sentença arbitral proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, sendo obrigatória entre as partes. Tal papel é de extrema importância que, em regra, a sentença arbitral é irrecorrível configurando as características de informalidade e celeridade do instituto. Não obstante, do poder ao árbitro para

decidir sobre sua própria jurisdição de maneira ampla (*kompetenz-kompetenz*) (BRAGHETTA, IN; LEMES, CARMONA, MARTIN, 2007, p. 24-25).

Segundo, observa-se o elemento da autonomia da vontade das partes no qual, os interessados firmam um contrato submetendo-se à arbitragem eventuais litígios patrimoniais disponíveis decorrentes de determinada relação jurídica, afastando a competência da jurisdição estatal, que de outro modo seria compulsória (CAVALCANTI, 2010). Além do mais, as partes poderão escolher, livremente, as regras aplicadas no processo arbitral, desde que não afronte as normas de ordem pública e os bons costumes.

As partes podem, ainda, convencionar a realização do procedimento arbitral tanto por cláusula de compromisso já inserida no contrato em que compreende a divergência, como por compromisso arbitral firmado após ocasionado a divergência. Todavia, a disposição legal promove uma certa limitação para a utilização da arbitragem prevista no artigo 1º da lei nº 9.307/96: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. ” Nota-se a exigência de dois requisitos sem os quais não é possível a utilização: capacidade de contratar e direito patrimonial disponível. Vale destacar que se trata da capacidade cível e não processual, para que tenha efeito na continuidade ou não da arbitragem nos casos envolvendo procedimentos concursais.

Por se tratar de um instituto cujas bases são contratuais, deve-se também estar presente a boa-fé, no início, durante e ao final da arbitragem posto que faz parte do interesse social de segurança das relações jurídicas. Conforme registra Maria Helena Diniz (2006, p. 86), a lealdade, probidade, honestidade, honradez, são variáveis que fazem parte da confiança recíproca entre as partes. Proceder com boa-fé, significa esclarecer fatos e o conteúdo das cláusulas, tratar do equilíbrio nas prestações, evitar o enriquecimento indevido, não divulgar informações sigilosa, dentre outras práticas.

2.1 As vantagens

Ao se realizar uma análise jurídico-econômica encontram-se duas principais razões pela preferência à arbitragem: a redução de custos de transação e a maximização dos ganhos na relação entre as partes por meio de provimentos mais adequados para o cumprimento do contrato (CRIPA, 2011).

Entende-se por custo de transação os relacionados à procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico, ou seja, são os custos relacionados, por exemplo, na resolução de conflitos oriundos da relação contratual. Antes da celebração do contrato, a parte interessada leva em consideração o monitoramento de cumprimento de pagamento das prestações pela outra parte e as consequências jurídicas caso haja o inadimplemento das obrigações assumidas. Estudando os riscos para poder tomar parte do negócio pois, quanto maiores as custas de transação menor é o interesse do indivíduo (CRIPPA, 2011).

A arbitragem em comparação com a prestação estatal possibilita a redução das custas em razão da agilidade do processo. No caso de jurisdição estatal o tempo de espera por uma decisão definitiva é longo e consequentemente gera elevados custos as partes, que ficam privadas de seus bens ou direitos durante anos até o cumprimento da decisão transitada em julgado (CRIPPA, 2011).

Outro ponto importante é que ela é mais eficiente, tendo em vista que as decisões são proferidas por árbitros especializados os quais, já estão familiarizados com a matéria do conflito e com mais tempo disponível para se dedicar ao processo. Ao contrário do juiz estatal o árbitro pode ter formação específica na área técnica que interessa as partes ocasionando a redução dos erros proferidos nas decisões, bem como reduzindo, portanto, os riscos da relação contratual. Por estar vinculada aos interesses e vontades das partes o referido procedimento tem a vantagem de dispor da confidencialidade.

Cabe ainda ressaltar a neutralidade do foro arbitral refletindo na expectativa de maior grau de imparcialidade. Aspecto este presente nas relações comerciais internacionais onde, há insegurança de que as cortes estatais beneficiem a parte nacional em desfavor da parte estrangeira.

2.2 A Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

Antes da Lei de Arbitragem era o compromisso arbitral que instituíra o juízo arbitral. Este compromisso arbitral se dava sob a cláusula compromissória que obrigava a parte renitente a celebrar o compromisso arbitral. Somente com a lei nº 9.307/96 passou a considerar aptos os processos de arbitragem, bem como a cláusula compromissória, e assim, resultando no afastamento [legal] da jurisdição estatal em tais situações. É desta forma que se passou entender não mais haver obrigatoriedade da cláusula arbitral como pré-contratual pois, não se verifica a finalidade de promessa de celebração de compromisso para a instituição de um juízo arbitral.

A validade para a determinação e efeitos da convenção arbitral é necessário inequivocamente, a vontade das partes interessadas que evidenciem a necessidade da solução de conflitos, e para isto, dão predileção por árbitros ao invés dos juízes togados. Assim, decorrente do acordo de vontade entre as partes, capazes, criar-se a cláusula compromissória, podendo esta, estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira, sob pena de nulidade. Contudo, vale destacar que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato que estiver inserida, ou seja, se o contrato ou determinadas cláusulas forem consideradas nulas isso não enseja a nulidade, também, da cláusula compromissória a qual, permanecerá válida cabendo o julgamento pelo árbitro (CHOEYPANT, 2015).

[...] quando se estabelece a cláusula arbitral relativa a um contrato, na verdade, criam-se duas relações jurídicas: o negócio contratado e a arbitragem, esta última independente, porém restritiva à vontade das partes em submeter aquela primeira à tutela arbitral (CAHALI, 2013, p. 24).

Para compreender os efeitos da referida cláusula é necessário a identificação de seu conteúdo: cláusula cheia ou vazia. A primeira contém descritos todos os elementos necessários para a instauração do processo arbitral, ou seja, o processo se dará conforme convenção prevista entre as partes sem a necessidade de participação do poder judiciário. Já a segunda não dispõe acerca dos elementos mínimos necessários para a ocorrência da arbitragem, apenas afastam o poder

judiciário da solução dos conflitos (MONTEIRO, 2011). Podendo, somente, ser instaurada se seguir os procedimentos previstos nos artigos 6º e 7º da lei 9.307/96. Devendo ocorrer, de imediato, a assinatura de um compromisso arbitral para que se possa dar início ao processo.

Segundo Alexandre de Freitas Câmara:

A distinção é importante principalmente nos casos em que uma das partes se recuse a, surgindo o conflito, celebrar o compromisso arbitral. Isto porque sendo cheia a cláusula compromissória, tudo o que ali tenha sido estipulado será obrigatoriamente observado pelo juiz ao proferir a sentença do processo a que se refere o artigo 7º, da Lei de Arbitragem (CÂMARA, 2010, p. 21).

Independentemente de ser cheia ou vazia, a cláusula contratual possui limitação quanto a eleição do foro. Se não houver cláusula arbitral o contrato será julgado no foro eleito entretanto, quando já estiver pactuado a cláusula de eleição de foro será restringida naquilo que não está abrangido pela convenção, bem como para dirimir conflitos da própria convenção e a sua validade.

Após esta breve análise a respeito da arbitragem, a seguir investiga-se este instrumento de meio alternativo de resolução de conflitos poderá ser utilizado nos procedimentos concursais (recuperação de empresas e falência).

2.2.1 A Cláusula Compromissória

Quando se opta pela arbitragem como solução de controvérsias societárias há de existir uma investigação prévia a respeito dos requisitos necessários a escolha de tal método, para que se defina quais os tipos de soluções existentes nas matérias arbitráveis¹¹, e em seguida, como se dará o conteúdo da cláusula compromissória (AMARAL, 2013).

¹¹ O art. 1º da Lei 9.307/96 registra três requisitos para que um litígio seja submetido de forma válida para a arbitragem: um de ordem subjetiva (*capacidade contratual*); e, dois de ordem objetiva (*direito patrimonial e disponível*). Também o art. 109, §3º, da Lei 6.404/76 define que as relações societárias entre os sócios e a sociedade ou entre os controladores e os minoritários serão passíveis de ser solucionadas por arbitragem.

A cláusula compromissória inserida no estatuto da empresa desde a criação da sociedade, abrange todos os sócios (AMARAL, 2013), estando fora de sua abrangência eventuais litígios [entre acionistas minoritários; entre administrador e sociedade, dentre outros exemplos] fora do contexto legal previsto. Diga-se que é também possível tais tipos de previsões, devidamente expressas na cláusula compromissória (WALD, 2007, p. 47; WALD, 2009 p. 18, ACERBI, IN: VERÇOSA, 2008, p. 224). Amaral (2013, p.19) explica que, estando incluída a cláusula compromissória no estatuto da empresa, a regra geral é a determinação da competência [jurisdição] exclusiva dos árbitros para apreciar o mérito do litígio societário.

Quando da possibilidade de ingresso de novos acionistas em uma sociedade já instituída, e portanto, com o estatuto e sua devida cláusula compromissória, este será aderido de forma automática, assim entendido que, os efeitos da cláusula compromissória vinculam de forma automática o novo sócio, dispondo-se qualquer tipo de manifestação de vontade formal e específica (CARVALHOSA, 2003, p. 310 e 319; CARVALHOSA, IN: LOBO, 2002, p. 325, 333, 335 e 336).

Lembra-se que, a cláusula compromissória não alcança terceiros, posto que este não a firmou, ainda que sua presença seja fundamental na arbitragem, pois, lhe é preservado, o direito de buscar pelo Poder Judiciário para resolver seus interesses. “Nada nem ninguém poderá obrigá-lo a participar do processo arbitral” (CARMONA, 2009, p 305). Este terceiro só estaria obrigado a participar do processo se o árbitro perceber que ele está vinculado pela cláusula compromissória contida no estatuto da empresa, e por este motivo não poderá escolher participar ou não do processo.

Amaral (2013, p. 20) explica ainda que, conforme o art. 267, inc. VII, CPC, há a extinção do processo sem resolução de mérito diante da existência da “convenção de arbitragem”, então substanciada pela cláusula compromissória. Pode ainda o réu, sob o inc. IX do art. 301, antes de discutir o mérito, clamar por esta [a convenção de arbitragem]. Depreende-se então, que a convenção arbitral impede ação de juiz na hipótese deste conhecer de ofício tal instituto [a convenção da arbitragem] (WAMBIER, TALAMINI, 2010, p. 213-214; CÂMARA, 2010, p. 37). Havendo, assim, a instituição da arbitragem, e existindo cláusula compromissória

será feita uma análise das hipóteses de paralisação e suspensão deste procedimento.

2.3 Validade da Instituição da Convenção de Arbitragem e seus Prosseguimentos

A validade da Convenção de Arbitragem trata de identificar os efeitos dos processos de recuperação judicial e falência sobre convenções de arbitragem e procedimentos arbitrais envolvendo o devedor, bem como as vantagens e os limites da utilização da arbitragem.

2.3.1 Hipótese de Paralisação do Processo de Arbitragem

Alguns processos judiciais, que não versam diretamente o objeto de arbitragem, podem ser iniciados antes ou paralelamente ao desenvolvimento ou instauração desta. A decisão a respeito de matéria de paralisação de processo de arbitragem estará sujeita ao crivo da jurisdição estatal, nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei 9.307/96, que dispõem sobre as hipóteses de nulidade da decisão arbitral e da ação para a ver decretada. Carlos Alberto Carmona (2009, p. 291) critica que a restrição aos poderes do árbitro, por si só injustificável, entendendo o autor que deve ficar a interpretação da norma de forma restritiva, inexistindo, a despeito da imperatividade do texto legal, qualquer sanção para o seu descumprimento. A exceção se faz somente quando se finda a arbitragem, e a validade da sentença arbitral prolatada é questionada.

Outras ações, como são as execuções concursais - falência e ou insolvência - podem gerar a incapacidade do falido¹²² ou do insolvente e sua sucessão, como partes, nas ações em que figurem,¹³ bem como a indisponibilidade de bens. Nesta hipótese, *mister* se faz distinguir aquelas exercidas estavam pendentes, quando da celebração da convenção de arbitragem, e as que se iniciaram após tal celebração. Nesta hipótese, necessário investigar se o objeto de tais execuções corresponde a direitos patrimoniais disponíveis ou não. Isto em razão da execução implicar, em regra, a apreensão de bens e sua indisponibilidade para propiciar um resultado frutífero da prestação jurisdicional (ARMELIN, 2007, p. 18).

Em se tratando de execuções concursais pendentes, com a perda pelo executado da disponibilidade de seus bens, arrecadados para se integrarem na massa direcionada à satisfação dos direitos dos credores, não há como celebrar convenção de arbitragem válida, posto que esta exige de forma expressa, que o seu objeto seja, exclusivamente, direitos patrimoniais disponíveis. Isto ocorre não apenas nas execuções concursais, em que desaparece a capacidade judiciária do executado (falido ou insolvente), restando à massa a capacidade judiciária, como em qualquer outra ação que implique restrição ou ablação da capacidade de contratar ou indisponibilidade dos bens (ARMELIN, 2007, p. 18).

Neste sentido, Carmona (2009, p. 201) explica que, para os que desfrutam de capacidade de ser parte e de estar em juízo podem celebrar convenção arbitral. Por sua vez, a indisponibilidade dos bens arrecadados na falência obsta a celebração de convenção de arbitragem para a solução de conflito de interesses que os envolva (cf. art. 103 da Lei de Falências). A situação dos bens já arrecadados, tal como sucede na penhora, é de submissão ao Poder judiciário. Não há, pois, como pactuar uma convenção de arbitragem relativamente a bens

¹² Em lição sob a ótica do Dec. lei 7.661/43, mas ainda válida para a legislação ora vigente é dada por Rubens Requião ao esclarecer que: "o estado de falência, atingindo a pessoa do falido, não afeta a sua capacidade civil. Mas fere, profundamente sua capacidade processual, que envolve o falido. Toma-se ele, entenda-se bem, processualmente inabilitado para postular em juízo relativamente às relações patrimoniais compreendidas na falência, seja como autor ou como réu. Essa perda de iniciativa é, [...] um corolário da perda de sua capacidade de dispor e administrar seu patrimônio". Cf. REQUIÃO, 1998. p. 140.

¹³ A vigente lei de falências, Lei 11.101/2005, dispõe em seu art. 76, parágrafo único, que: "Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo". Isto significa uma forma específica de sucessão de parte no processo em que figurava o falido, que, todavia, segundo o disposto no parágrafo único do art. 103 dessa mesma lei, poderá intervir nos processos em que a massa falida seja parte requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

carentes de disponibilidade.¹⁴

Assim, à capacidade para contratar há de se aditar a legitimidade para dispor da arbitragem. A disponibilidade do direito patrimonial resulta da aptidão de seu titular de se desfazer sem restrições legais. “Enquanto a primeira, a capacidade, constitui um pressuposto de validade do ato jurídico, a segunda é um pressuposto subjetivo objetivo de sua eficácia” (ARMELIN, 2007, p. 19). O descompasso entre estas duas exigências legais para a celebração da convenção de arbitragem implica a sua invalidade. Destarte, qualquer arbitragem que se inicie ou se encerre sob de vício desta natureza - ausência de tais requisitos - estará fadada a sua nulidade, mediante ação adequada (cf. art. 33 da Lei nº 9.307/96).

2.3.2 A Arbitragem antes de uma ação Judicial: a [não] possibilidade de suspensão

Quando se trata da convenção de arbitragem pactuada antes do advento de qualquer ação judicial versando o seu objeto ou a capacidade jurídica de uma das partes ou de ambas. É com a celebração da convenção de arbitragem que se consuma o direito de opção pela jurisdição arbitral, emergindo direito adquirido à sua instauração, prosseguimento e conclusão com a prolação da sentença arbitral.

Ao se considerar a emergência do direito à jurisdição, não há como extinguir-se a arbitragem em razão da perda da disponibilidade do direito nela questionado, que se encontrava livre de qualquer restrição quando da celebração da convenção de arbitragem, estando a parte signatária com capacidade plena na ocasião. Seria o mesmo que encerrar uma arbitragem pelo simples feito superveniente de terem sido gravados com indisponibilidade, em razão de medida cautelar fiscal, os bens que se constituem no seu objeto. Ou seja, seria reconhecer a prejudicialidade de ações judiciais posteriormente aforadas relativamente às arbitragens em curso, com restrição ou eliminação de possibilidade de sua conclusão. Significaria fazer com que a autonomia da arbitragem se toma por refém

¹⁴ Esta situação não se confunde com o advento da indisponibilidade superveniente à celebração da convenção de arbitragem. REQUIÃO, 1998. Op. cit. p. 55.

de ações judiciais, outras matérias não previstas nem disciplinadas na Lei nº 9.307/96, que deixou patente a autonomia e independência da arbitragem frente à jurisdição estatal. Destaca-se que ações cautelares podem gerar indisponibilidade de bens, quando propicia à efetivação de medidas consultivas sobre bens. Admite-se, portanto, que “a possibilidade de uma ação carente de escopo satisfativo poderia impor uma vedação ao acesso à jurisdição arbitral” (ARMELIN, 2007, p 19).

Há um tipo especial de execução concursal, que, pela sua natureza e finalidade, pode gerar questionamento quanto à sua aptidão da arbitragem já iniciada ou da convenção de arbitragem também já pactuada. Trata-se da falência, atualmente disciplinada pela Lei nº 11.101/2005, cujo art. 6º dispõe: “A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.”

O texto legal é amplo e abrange, em sua literalidade, as execuções e as ações de conhecimento, não se reportando às arbitragens em curso ou a serem iniciadas. Considerando-se o caráter de indivisibilidade emprestado ao foro da falência, no sentido deste concentrar todos os créditos e litígios sob a mesma autoridade judicial, para controle dos pagamentos aos credores com a manutenção, *quantum satis* [quanto suficiente, o quanto baste] do princípio da *par condicto creditorum*, é perfeitamente aceitável a imposição da cessão da fluência das execuções em face do devedor e a centralização das ações sob a mesma competência. Mas a suspensão de processos de conhecimento em que se discutem o *an* e o *quantum debeatur* dos credores, soa excessiva, considerando-se que os créditos apurados judicialmente passarão pelo crivo do processo falimentar (ARMELIN, 2007, p. 20).

Sob a visão processual, a falência é uma execução concursal e alberga todas as execuções dos credores do falido, sendo que, inexistente norma legal para a suspensão das ações de conhecimento; a ideia é de aparelhar títulos executivos que habilitem os credores do falido a participar da execução. Não se justifica a suspensão da arbitragem a fixação de competência exclusiva do foro da falência para o conhecimento e decisão das ações aforadas em face do falido. Com maior razão, será injustificável a suspensão de uma arbitragem em curso ou aquela que se inicia com fulcro em convenção de arbitragem celebrada antes da falência e do

período por ela alcançado (ARMELIN, 2007, p. 20).

Em referência às arbitragens em curso, não há porque as sobrestar, do desenvolvimento da falência. Nelas se discute a existência de uma determinada obrigação relativa a direitos patrimoniais e disponíveis. A indisponibilidade dos bens do falido, resultante da falência, tem um caráter cautelar posto que, torna ineficaz qualquer alienação destes, enquanto estiver pendente o processo falimentar. É forma de se obter a manutenção do patrimônio do falido, garantia comum de todos os credores. Esta garantia não se desgasta com a pendência de arbitragem, cujo resultado também pode ser o de uma execução, na qual o crédito apurado poderá, quando cabível, ser objeto de revisitação pelo Poder Judiciário, mediante a utilização dos instrumentos processuais adequados (ARMELIN, 2007, p. 20).

Mesmo a arrecadação dos bens do falido, ato pelo qual se permite ao guante do Judiciário todo o patrimônio deste, em nada é obstada pela existência de arbitragem em curso. De igual modo, a perda de capacidade do falido para agir validamente frente as relações empresariais não modificam a estrutura da arbitragem, apenas altera-se a representação da parte afetada, impondo-se a sua sucessão na relação jurídico-arbitral. Também a indisponibilidade dos bens do falido não será alterada pela arbitragem ou pelo seu resultado, quando, como sucede no caso em tela, este se constituir em título executivo judicial, que haverá de ser habilitado no juízo falimentar para que o direito nele embutido venha ser, em sendo isso possível, satisfeito.

O âmbito da tutela jurisdicional abarca dois planos diferenciados: aquele restrito ao mundo jurídico, que se alcança mediante o processo declaratório no sentido lato e o outro, que exige a modificação do mundo empírico para satisfação de direitos, como é o processo de execução. A este último plano, a Jurisdição arbitral não tem acesso, pois lhe é vedada a incursão no mundo fático, porque carente o árbitro do poder estatal consubstanciado no *imperium*. Logo, a arbitragem não pode, por si só, afetar a execução enquanto instrumento de modificação do mundo dos fatos para serem satisfeitos direitos (ARMELIM, 2007, p. 16).

O prosseguimento da arbitragem após a decretação da falência é análogo à continuidade do processamento das reclamações trabalhistas perante a Justiça Laboral, com a consequente habilitação dos créditos nela reconhecidos, na execução falimentar, tal como o determina o art. 76 da Lei de Quebras. A falência,

nessa hipótese, não dispõe do condão de romper as balizas da competência da Justiça do Trabalho, constitucionalmente delimitada, mas indisputavelmente um tipo de competência absoluta em razão da matéria.

“Se a distribuição da competência entre as várias justiças que integram o Poder Judiciário é suficiente para estancar a *vis attractiva* da falência, com maior razão a diversidade entre a jurisdição estatal e a arbitral será bastante para este fim” (ARMELIM, 2007, p. 17).

A continuidade do processo arbitral, após a decretação da falência de uma das partes nele envolvidas, não viola a ordem pública interna, nem coloca em risco a regularidade da execução concursal. Não implica risco de tratamento discriminatório entre credores, até porque, como já acentuado supra, a arbitragem não vai além da declaração, em sentido fato, do direito das partes. O remoto risco de utilização da arbitragem para obter resultado vedado em lei, tem como sucede com o mesmo risco decorrente do processo simulado (art. 129 do CPC) meios de ser superado mediante o instrumento processual da invalidação da sentença arbitral.

Sem dúvida, relativamente à falência vige o princípio que consagra a indivisibilidade do respectivo juízo, insculpido no art. 76 da Lei 11.101 de 09.02.1995, *in verbis*:

O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo (art. 76, Lei no 11.101/05).

Este princípio não abarca a arbitragem, que não se encarta entre ações judiciais, como é cediço. Existe no Brasil inequívoca separação entre a jurisdição estatal e arbitral. A invocação do direito estrangeiro não aproveita, considerando-se as características próprias de cada sistema jurídico existente. No plano constitucional, no qual, como assegura a CF/88, existe a tutela do direito adquirido e a garantia do acesso ao Judiciário, que pode ser também traduzida como garantia da tutela arbitral, se e quando decorrente da convenção arbitral, da qual resulta o direito a este tipo de tutela.

A arbitragem quando cuida de solucionar conflitos de interesses envolvendo obrigações descumpridas, tem o condão de constituir o título executivo

judicial, conforme reconhecido pela sua lei de regência, tomando, assim, líquidas pretensões que careciam desta qualidade. É desta forma que entende Pedro A. Batista Martins (2000, p. 23) ao afirmar que a arbitragem é “instituto que visa solucionar disputa essa de cunho ilíquido ou controvertido. Não se presta, ou ao menos não se deveria prestar, a solucionar questões passíveis de execução forçada”.

Não há, pois, obstáculo jurídico à continuidade da arbitragem, quando decretada a falência de uma das partes litigantes na tela arbitral. Atuam ambas em campos diversos, ainda que o resultado da arbitragem possa, eventualmente, implicar conseqüências na execução concursal, na medida em que fixará a existência ou não do direito patrimonial questionado e, pois, influenciará na possibilidade de sua habilitação no juízo falimentar. Este posicionamento pró-arbitragem lastreia-se na circunstância de se manter hígida e eficaz a convenção da arbitragem a despeito de decretação da falência de um dos seus signatários.

A convenção de arbitragem anterior ao início do processo de falência, ligando o devedor, restando destarte oponível aos credores e aos demais sujeitos integrantes de tal processo. Nesse sentido, a sentença CC16.075 de 1996 na qual se decidiu que, pouco importando o estado atual de liquidação da empresa, o tribunal arbitral será sempre competente para prolatar a sentença arbitral. Nesta oportunidade, o tribunal arbitral fundamentou sua decisão na “jurisprudência francesa favorável à oponibilidade à massa, da liquidação de bens de uma cláusula arbitral inserida em um contrato anterior ao julgamento declaratório” (STJ, 1996).

Dá sentido então, a iniciação e continuidade da arbitragem resultante de convenção de arbitragem celebrada antes da decretação da falência de uma das partes nela envolvidas. Esta conclusão não se altera pela circunstância de ter o Ministério Público uma atividade fiscalizadora na tela falimentar, estando, pois, legitimado a ajuizar as ações cabíveis na defesa dos direitos e interesses da massa falida, mas não para ingressar em arbitragem para monitorar ou nela atuar como custos legis (BUSHATSKY, 2011). Assim, se admitido, deverá postular o reconhecimento de invalidade da decisão arbitral que se encartar em uma das hipóteses previstas no art. 32 da Lei nº 9.307/96.

Isto em razão de ser a arbitragem terreno exclusivo de litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis já submetidos, mediante convenção de arbitragem

anterior à quebra, a jurisdição privada. A intervenção fiscalizadora do Parquet haverá de ocorrer após o término da arbitragem e a inserção de seu resultado na execução concursal correspondente à falência, se e quando tal sentença convolar-se em título executivo judicial.

Em decorrência das vantagens proporcionadas pela arbitragem, como já visto, este procedimento tem ganhado relevância no meio jurídico, sendo cada vez mais difundido e utilizado nos tribunais arbitrais do país, bem como no mundo, fazendo ser necessário um breve estudo acerca do direito comparado.

2.4 A Arbitragem no Direito Comparado

A abertura de um processo de insolvência costuma ter algum efeito sobre o cumprimento de convenções de arbitragem celebradas pelo devedor independentemente de qual seja a legislação da jurisdição do respectivo processo de insolvência, da convenção de arbitragem e/ou da arbitragem. Estes efeitos variam bastante dependendo da legislação analisada. De uma forma geral, a convenção de arbitragem será ineficaz ou inválida somente quando a lei de regência do processo de insolvência, da convenção de arbitragem e da arbitragem determinar sua ineficácia ou invalidade em razão da abertura do processo de insolvência.

Na Inglaterra, o administrador judicial e o juiz têm o poder de determinar se os contratos e obrigações assumidas pelo devedor antes da falência devem ou não ser cumpridos caso a falência seja decretada (BORN, 2008, apud: CRIPPA, 2011, p. 199).¹⁵ De forma inversa, o juízo pode determinar, discricionariamente, que disputas antes consideradas arbitráveis sejam decididas judicialmente (BORN, 2008, apud: CRIPPA, 2011, p. 199).¹⁶ Na Espanha, o cumprimento de convenção de arbitragem fica suspenso durante a pendência de um processo de insolvência e o

¹⁵ BORN, Gary. 2008. Apud: CRIPPA, 2011. Op. cit. p. 199.

¹⁶ BURN, George; GRUSB, Elizabeth. *Insolvency and Arbitration in English Law. International Arbitration* Law Review 4/124. London: Sweet & Maxwell, 2005. Apud: CRIPPA, 2011. Op. cit. p. 199.

administrador judicial está autorizado a desconsiderar convenções de arbitragem que possam constituir fraude contra credores.¹⁷

Na França,¹⁸ Itália¹⁹ e Alemanha,²⁰ há decisões no sentido de que a insolvência do devedor não afeta as obrigações por ele assumidas em convenção de arbitragem, salvo disputas relativas a matérias de competência exclusiva do juízo falimentar. Nos Estados Unidos, apesar de o período de suspensão previsto no “*Bankruptcy Code*” suspender todas as ações em curso perante o devedor, é permitido o prosseguimento de procedimentos arbitrais mediante autorização judicial, desde que não envolvam matérias de competência exclusiva do juízo falimentar.²¹

Na Suíça, a insolvência do devedor geralmente não tem qualquer efeito sobre as obrigações assumidas em convenção de arbitragem, as quais vincularão o devedor ou o administrador judicial (dependendo do caso) independentemente da decretação da falência ou da abertura de algum outro procedimento de insolvência²², diferentemente do que ocorre no Brasil conforme será explanado no próximo capítulo.

¹⁷ LOPEZ, Ortiz. *The New Spanish Insolvency Act and Arbitration*. *International Arbitration Law Review* 2/22. London: Sweet & Maxwell, 2005. Apud: CRIPPA, 2011. Op. cit. p. 199.

¹⁸ Conforme *Republique de Cote d'Ivoire vs. Norbert Beyrard*, de 12.01.1993 (*Paris Cour d'appel*) (procedimento arbitral da CCI poderá prosseguir Independentemente da decretação da falência do devedor pela justiça do local do seu estabelecimento). Apud: CRIPPA, 2011. Op. cit. p. 199.

¹⁹ Conforme *Adda Officine Elettromeccaniche e Meccaniche vs. Alstom Atlantique S.A.*, XXI Y.B., de 13.2.1991 (Tribunal de Lodi). Apud: CRIPPA, 2011. Op. cit. p. 199.

²⁰ SCHWAB, Karl H.; WALTER, Gerhard. *Schiedsgerichtsbarkeit*, cap. 16, par. 49, 7, ed. Munique: C. H. Beck, 2005 (os procedimentos arbitrais não são afetados pela insolvência do devedor). Apud: CRIPPA, 2011. Op. cit. p. 199.

²¹ *Societe Naticionale Algerienne Pour La Recherche vs. Distrigas Corp*, Massachussets, 1987. Apud: CRIPPA, 2011. Op. cit. p. 198.

²² Conforme julgados DFT 117 II 94, de 09.04.1991 (Tribunal Federal Suíço) e 5 AS/ Bull. 203, de 09.07.1986 (Tribunal de Vaiais). Apud: CRIPPA, 2011. Op. cit. p. 199.

3 A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS PROCEDIMENTOS CONCURSAIS

A Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falências) alterou de forma substancial a legislação falimentar, trazendo uma série de inovações que já se fazem presente nas práticas dos tribunais arbitrais.

A Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), acarreta que seus dispositivos permitam diferentes interpretações, fazendo com que a arbitragem ainda sofra algumas resistências pelo Judiciário, problema este que estão aos poucos sendo sanados com a atuação da arbitragem com o advento da recente lei nº 13.129/2015. Porém, por causa destas diferentes interpretações, um estudo – ainda que breve -, sobre os procedimentos concursais e arbitragem, resulta em muitos questionamentos. Este capítulo examina os efeitos dos processos de recuperação judicial e falência sobre convenções de arbitragem e procedimentos arbitrais, evidenciando no decorrer deste que, efetivamente há espaço para a utilização da arbitragem em casos de recuperação judicial e falência.

3.1 Dos principais pontos de conflitos

A crescente utilização da arbitragem e da recuperação judicial tem proporcionado inevitáveis interações e conflitos entre estes dois institutos legais.

Algumas hipóteses são apresentadas tanto na doutrina quanto nos tribunais e suscitam questões interessantes e desafiadoras. Luís Cláudio Furtado Faria e Felipe Rodrigues Cozer (2011, p. 250) apontam as seguintes hipóteses: 1) a instauração de uma recuperação judicial de forma incidental a uma arbitragem em curso. Trata-se do caso em que uma ou ambas empresas envolvidas em uma arbitragem inicia um processo de recuperação judicial, fazendo-se necessário decidir sobre o prosseguimento ou não da arbitragem; 2) a ideia de casos em que um novo procedimento arbitral se instaura após o deferimento do processamento da recuperação judicial – deferimento do processamento da recuperação; 3) a

possibilidade ou não de se utilizar a arbitragem para dirimir conflitos surgidos no âmbito de um processo de recuperação judicial. Trata-se de identificar se a arbitragem poderia ser utilizada como forma de solução dos litígios entre os credores da sociedade em recuperação judicial ou entre esta última e os seus credores regularmente habilitados.

3.1.1 A Recuperação Judicial Incidental à Arbitragem

A ideia aqui consiste em identificar a possibilidade de prosseguimento da arbitragem diante de um procedimento arbitral já instaurado, e, uma ou ambas as empresas envolvidas na arbitragem tenham deferido o processamento de sua recuperação judicial – seja por iniciativa própria, seja por requerimento de algum dos seus credores. Neste caso, importa decidir se o procedimento arbitral em curso poderia ter prosseguimento até a prolação do laudo arbitral, ou se a recuperação judicial de uma das partes representaria óbice a tal prosseguimento arbitral.

A questão reflete um aparente conflito em razão da natureza privada da arbitragem e os efeitos da recuperação judicial, deferida de forma superveniente, efeitos estes que implicam certos limites à recuperanda em favor dos interesses da coletividade de credores abrangidos pelo processo de recuperação judicial (FARIA e COZER, 2011, p. 251). O julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP - é referência sobre a questão.

EMENTA. Agravo de Instrumento. Falência. Impugnação judicial objetivando habilitação de crédito fundamentado em sentença arbitral. Cláusula com promissória pactuada em contrato de construção de edifício firmado entre as partes. Inadimplemento contratual gerador de resolução do contrato e formulação de demanda perante a Câmara de Arbitragem. Posterior decretação da falência da demandada. Intervenção do Administrador Judicial da Massa Falida no procedimento arbitral, com alegação de incompetência do Juízo Arbitral, em face da falta de capacidade processual da falida e indisponibilidade dos bens da devedora, com base no artigo 25, da Lei nº 9.307/96, sustentando dever a demanda ser atraída para o Juízo Universal da Falência. Prosseguimento da demanda arbitral com condenação da devedora na indenização fixada pela Câmara de Arbitragem. Aplicabilidade do artigo 6o, § 1o, da Lei nº 11.101/2005, eis que, versando a demanda sobre quantia

ilíquida, o processo não é suspenso em virtude da falência da devedora, inexistindo a "*vis attractiva*" do art. 76, "caput", devendo o procedimento arbitral prosseguir com o administrador judicial que representará a massa falida, sob pena de nulidade. Inaplicabilidade do artigo 117 à convenção de arbitragem. Inexistência de previsão legal de intervenção do Ministério Público nas demandas arbitrais em que a massa falida seja parte, especialmente sob a óptica do veto ao artigo 4º, da Lei nº 11.101/2005, que não manteve norma similar ao artigo 210 do Decreto-lei nº 7.661/45. Legitimidade da inclusão do crédito reconhecido no Tribunal Arbitral no Quadro-Geral de Credores da falida, pelo valor determinado no juízo arbitral, limitada a atualização monetária e os juros até a data do decreto da quebra, a teor dos artigos 9º, inciso II e 124, ambos, da Lei nº 11.101/2005. Agravo parcialmente provido para ser deferida a impugnação e a habilitação do crédito da agravante, observados os limites acima estabelecidos (TJSP, Ag 5310204300, PEREIRA CALÇAS, 2008).

No caso, verificou-se que, durante a arbitragem a empresa contra a qual havia sido instaurado o procedimento arbitral teve decretada a sua falência. Mesmo diante da decretação da falência, a arbitragem teve prosseguimento e, ao final, as partes divergiram quanto à validade do laudo arbitral resultante da arbitragem, o qual foi utilizado pela sociedade credora como fundamento para habilitação do respectivo crédito no processo de falência da sociedade devedora.

A divergência entre as partes se fundava nos efeitos da decretação da falência sobre a arbitragem então em curso. A parte devedora alegou que a decretação da falência impunha uma série de limitações legais, retirando-lhe a livre disposição de seus bens e submetendo os seus atos à fiscalização do administrador judicial e do Ministério Público, o que representaria um impedimento ao próprio prosseguimento do procedimento arbitral que requer partes capazes e uma controvérsia sobre direitos disponíveis, conforme art. 1º, Lei nº 9.307/1996.

Além disto, a sociedade devedora sustentou que, por força do art. 6º da Lei nº 11.101/2005 – Lei de Falências e Recuperação Judicial -, todas as ações e execuções em face do devedor devem ser suspensas, sendo também atraídas pelo juízo universal da falência, conforme art. 76, da mesma lei, razões porque não teria sido cabível o prosseguimento daquele procedimento arbitral.

O entendimento do juiz da primeira instância é justo o de suspender o procedimento arbitral quando da decretação da falência, razão porque o crédito declarado pelo laudo arbitral não poder ser objeto de habilitação na recuperação

judicial. No entanto, o TJSP reformou esta decisão, reconhecendo o direito da sociedade credora de efetuar a habilitação do crédito declarado pelo laudo arbitral no processo falimentar. Trecho da citada decisão por Pereira Calças, evidencia uma nova forma de enxergar o peso da arbitragem em decisões que envolvem recuperação de empresas:

[...] mesmo considerando-se que no processo e falência há interesses da coletividade dos credores do devedor comum, não se entrevê qualquer impedimento ao cumprimento de convenção de arbitragem pactuada anteriormente à decretação da falência, em cláusula prevista no contrato firmado por pessoas jurídicas, regulamente constituídas e presenteadas na forma de seus atos constitutivos, com plena capacidade negocial e tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis, conforme estabelece o art. 1º da Lei 9.307/1996 (TJSP, PEREIRA CALÇAS, 2008).

O TJSP também considerou correto o prosseguimento do processo arbitral até a sua conclusão, deixando de aplicar a regra geral de suspensão prevista no art. 6º da Lei 11.101/2005, invocado pela sociedade devedora, por força da exceção contida no §1º do mesmo dispositivo. Segundo esta exceção, não serão suspensas as Ações (incluindo os procedimentos arbitrais, na interpretação conferida pelo TJSP) nas quais se demandarem quantias ilíquidas, como se verificava no caso. É o que se verifica do seguinte trecho daquele julgado:

[...] não procede a afirmativa da decisão recorrida no sentido de que, decretada a quebra, deveria haver a imediata suspensão do procedimento arbitral, eis que, versando a demanda sobre quantia líquida, incide no caso o art. 6º, §1º, da Lei 11.101/2005, que afasta a suspensão das ações movidas contra o devedor, prevista no caput do referido dispositivo legal, ao determinar que “terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”, cumprindo apenas que se observe o art. 76, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, pelo qual “todas as Ações, inclusive as executadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado, sob pena de nulidade do processo” (TJSP, PEREIRA CALÇAS, 2008).

Este acórdão aponta para uma orientação jurisprudencial, acompanhada pela doutrina, no sentido de que o estado de falência superveniente ao processo arbitral não representa obstáculo ao desenvolvimento da arbitragem já instaurada. Como visto, a decretação da falência não foi considerada motivo suficiente para o sobrestamento da arbitragem, sendo razoável se entender que o mesmo

entendimento também seria aplicado em caso de processamento ou mesmo concessão de recuperação judicial incidental à arbitragem.

O entendimento adotado pelo TJSP é de larga aplicação, pois, na maior parte dos casos, a arbitragem envolve demandas ilíquidas, não se prestando à cobrança de créditos certos, líquidos e imediatamente exigíveis – hipótese em que é cabível a imediata execução, o que deve ocorrer necessariamente pela via judicial. Entretanto, nos casos em que a arbitragem verse sobre demanda líquida, como ocorre, por exemplo, se a finalidade for a declaração da existência e da exigibilidade da dívida, bem como a formação de um título executivo capaz de fundamentar uma futura execução, a arbitragem poderá apresentar contornos de ação de cobrança e, assim, suscitar questionamentos sobre a possibilidade de aplicação da exceção prevista no art. 6º, §1º, da lei nº 11.101/2005, que só se refere a “quantia ilíquida”.

Caso esta situação se verifique na prática, com a suspensão do processo arbitral, é aconselhável que o credor requeira ao árbitro ou ao tribunal arbitral que determine a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial, conforme lhe autoriza o art. 6º, §3º, da Lei 11.101/2005. Do contrário, pode o credor se ver prejudicado se, na hipótese de ser apurada a responsabilidade da devedora ao término da arbitragem, não houver recursos disponíveis para o pagamento do crédito.

3.1.2 A Instauração da Arbitragem envolvendo Empresa em Recuperação Judicial

Além desta hipótese em que já há uma arbitragem em curso e, de forma superveniente, em que é deferido o processamento da recuperação judicial, é interessante examinar a situação em que um novo procedimento arbitral se instaura após o processamento da recuperação judicial, com base em cláusula compromissória regularmente pactuada. Nestes casos, para um tratamento sistemático, há que se distinguir os contratos assinados antes do processamento da recuperação judicial daqueles celebrados após o seu deferimento, como resultado

da continuidade das atividades da empresa em recuperação judicial (FARIA e COZER, 2001, p. 254).

Em relação à primeira hipótese, o STJ, em decisão monocrática da Min. Nancy Andrighi, para a medida cautelar (MC 14.295/SP - 2008/0122928-4) envolvendo uma empresa em liquidação extrajudicial, adotou entendimento que pode ser utilizado também para a hipótese envolvendo uma recuperação judicial. No caso, a autora da medida cautelar visava obter liminar para impedir o prosseguimento de procedimento arbitral iniciado pela empresa ré com base em cláusula compromissória firmada em contrato anterior à instauração do seu regime de liquidação extrajudicial. Para tanto, a autora da ação alegou que, a despeito da existência de cláusula compromissória, a arbitragem teria se tornado inviável em razão do regime de liquidação extrajudicial, principalmente em razão da conseqüente indisponibilidade dos direitos patrimoniais envolvidos.

Andrighi considerou válido o compromisso arbitral celebrado antes da decretação da liquidação extrajudicial, uma vez que, à época da contratação, a autora tinha plena capacidade civil para contratar (requisito subjetivo), tendo submetido à arbitragem a resolução de direitos patrimoniais disponíveis (requisito objetivo) (STJ, ANDRIGHI, 2008, In: CBAr, 2010). Além disto, neste julgado, o STJ entendeu que a arbitragem não diferiria da fase de conhecimento dos processos judiciais, não envolvendo atos de disposição dos bens da massa. Assim, a alegação de indisponibilidade dos bens não configuraria impedimento para o prosseguimento do procedimento arbitral.

Desta forma, verifica-se que o entendimento adotado pelo STJ foi o de respeitar os efeitos da cláusula compromissória anteriormente firmada mesmo quando o procedimento arbitral é instaurado após o início do estado falimentar ou da recuperação judicial, desde que presentes os requisitos legais de validade da cláusula compromissória à época da contratação.²³

Em sentido contrário, contudo, Raphael Nehin Corrêa revela a existência de um acórdão proferido pelo TJSP:

²³ Vale registrar que esse acórdão do STJ também é de grande importância por reconhecer que, neste caso, competiria aos próprios árbitros o poder de decidir sobre o prosseguimento do procedimento arbitral, em razão do princípio competência-competência.

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.

Contrato. Arbitragem. Falência da credora que optou pela via jurisdicional. Possibilidade. Inexistência de direito patrimonial indisponível ao tempo da distribuição da demanda. Extinção da ação de cobrança afastada na origem e que é confirmada. Agravo desprovido (TJSP, Agravo de Instrumento nº 658.014-4/2-00-SP, SOLIMENE, 2009).²⁴

Este recurso de agravo de instrumento entendeu pelo prosseguimento de ação de cobrança movida por empresa falida, pela via jurisdicional, apesar da existência de cláusula compromissória firmada anteriormente à decretação da falência. Conforme indicou o acórdão, não seria cabível a arbitragem neste caso, posto que uma das partes se encontrava falida e a capacidade processual, requerida pelo art. 1º da Lei 9.307/1996, seria "auferida quando suscitado o cabimento da arbitragem e não ao tempo da contratação" (CORREA, 2010, p. 34).

Maíra de Melo Vieira (2011, p. 303 a 314) não entende assim, e registra que, além de a capacidade deve ser verificada ao tempo da contratação e não após, a massa falida é representada pelo administrador judicial, contando com capacidade processual para participar da demanda arbitral. De toda forma, a despeito das controvérsias sobre o entendimento manifestado pelo TJSP naquela ocasião, parece que os motivos apontados no acórdão para afastar a cláusula compromissória no caso de falência não teriam aplicado às empresas em estado de recuperação judicial, que inegavelmente preservam suas atividades e sua capacidade para firmar contratos e assumir obrigações.

Quanto às arbitragens instauradas com base em cláusula compromissória pactuada após o deferimento do processamento da recuperação judicial, a hipótese enseja poucos questionamentos. Isto porque, se por um lado é evidente que o estado de falência retira da sociedade empresária a capacidade para firmar semelhante pacto, o mesmo não ocorre no estado de recuperação judicial, em que a empresa mantém o curso de seus negócios (FARIA e COZER, 2011, p. 255).

Uma sociedade em recuperação judicial prossegue suas atividades, sendo justamente a manutenção da empresa e de seus negócios o principal objetivo deste instituto jurídico. Tanto é assim que, embora seus atos passem a ser

²⁴ Vale citar que este posicionamento não é o defendido por Crippa (2001, p. 191).

fiscalizados pelo administrador judicial, eventualmente por um comitê de credores (se constituído) e naturalmente pelo próprio juiz da causa, a sociedade mantém seus administradores na condução da atividade empresarial, salvo se verificada alguma das hipóteses indicadas nos incs. do art. 64 da Lei 11.101/2005. Após o deferimento da recuperação judicial, a sociedade empresária deverá continuar celebrando contratos, buscando a continuidade de suas atividades regulares. A arbitragem poderá também ser método de resolução de controvérsias oriundas destes novos contratos.

Por força do art. 49, parágrafo 2º, da lei 11.101/2005, os créditos resultantes destes novos contratos, em regra, não estão sujeitos ao processo de recuperação judicial, de forma que não se submetem às regras do plano de recuperação judicial, podendo ser cobrados ou executados diretamente. Sendo assim, não parece haver óbice algum à instauração de um processo arbitral para discussão destas obrigações extracontratuais, que, na ausência de uma cláusula compromissória, ensejariam processo judicial autônomo, alheio à recuperação judicial (FARIA e COZER, 2001, p. 256).

Estas hipóteses podem enfrentar dificuldade de ordem prática, posto que os estados de falência e recuperação judicial resultam de um quadro de dificuldade financeira, em que a sociedade não é capaz de cumprir com suas obrigações contratuais, e portanto, seria razoável imaginar a situação de a empresa em recuperação judicial não ter condições de arcar com os custos da arbitragem. Neste caso, ainda que se repute como válida e eficaz a cláusula compromissória firmada de acordo com os requisitos legais, não se pode desconsiderar que um fator superveniente possa ameaçar a adequada instauração do procedimento arbitral, salvo se a parte contrária estiver disposta, por sua conta e risco, e adiantar os custos e despesas processuais que seriam devidas pela parte insolvente (FARIA e COZER, 2001, p. 256).

3.1.3 Arbitrabilidade dos Conflitos relativos ao Processo de Recuperação Judicial

Também é possível cogitar o caso em que se pretenda recorrer da arbitragem para solucionar divergências relacionadas ao processo de recuperação judicial propriamente dito. É preciso esclarecer que não se trata de o processamento da recuperação judicial em si ser realizado por meio de uma arbitragem. Carla de Vasconcellos Crippa explica que, assim é porque em caráter judicial deste processo, uma recuperação judicial via arbitragem não pode ser considerada uma hipótese viável.²⁵ José Emílio Nunes Pinto (2005) corrobora ao afirmar que a recuperação judicial é, por expressa definido legal, uma ação judicial e, muito embora os direitos objetos da recuperação judicial sejam, em sua essência, direitos patrimoniais disponíveis, optou o legislador por colocar todo o procedimento sob exclusiva fiscalização do Poder Judiciário.

É possível que no curso do processo de recuperação judicial, surjam conflitos incidentais entre os credores e a sociedade em recuperação ou mesmo entre os credores entre si, relativos à própria recuperação judicial ou a questões relativas ao plano proposto para tanto. É neste cenário que se poderia considerar o uso da arbitragem.²⁶

A hipótese em exame se divide em duas diferentes alternativas. Na primeira, a arbitragem poderá decorrer de cláusula compromissória inserida no plano de recuperação judicial aprovado pela Assembléia Geral de Credores.²⁷ No curso do

²⁵ "Há matérias que são de competência exclusiva do juízo da recuperação e da falência, tais como, a homologação do plano de recuperação, o processamento e o deferimento da recuperação judicial, a decretação da falência e o julgamento da ação revogatória filamental. Seria inconcebível imaginar árbitros tomando medidas relacionadas a essas matérias, como a convocação de credores para habilitarem seus créditos e apresentarem abjeções ao plano de recuperação, a apreciação de pedidos de bloqueio de bens ou reserva de importâncias ou a decretação da falência caso o plano seja rejeitado ou o devedor não cumpra as obrigações nele previstas que se vencerem no prazo de dois anos contados da concessão de recuperação" (CRIPPA, 2011. p. 183-206).

²⁶ Crippa admite o uso da arbitragem nesses casos, afirmando que "a arbitragem poderia ser utilizada para dirimir conflitos entre os credores, tais como, a constituição do comitê de credores ou os critérios de cálculo ou formas de pagamento dos créditos previstos no plano de recuperação. Da mesma maneira, um plano de recuperação prevendo a emissão de debêntures para pagamento dos credores poderia estar sujeito à jurisdição do juízo de recuperação e a escritura de emissão de debêntures a ele vinculada poderia conter cláusula compromissória" (CRIPPA, 2011. Op. cit. p. 183).

²⁷ De acordo com Corrêa, "o Plano de Recuperação Judicial nada mais é do que um contrato firmado entre credores e devedora com a finalidade de recuperar a empresa, em nossa visão, não há óbice para a inclusão da cláusula compromissória com o objetivo de estabelecer a arbitragem como

processo de recuperação judicial ou durante o cumprimento do plano de recuperação, é possível que surjam divergências envolvendo direitos patrimoniais passíveis de serem solucionadas de forma mais célere e objetiva, por meio de um procedimento arbitral. A título de exemplo, podem surgir conflitos durante a formação do Comitê de Credores²⁸ que demandariam uma solução rápida e eficaz, capaz de atender os prazos legais para processamento dos atos da recuperação judicial e aprovação do plano de recuperação judicial.

Na segunda alternativa, a cláusula arbitral é firmada a *posteriori* entre as partes diretamente interessadas, em caso do surgimento de um conflito durante o processo de recuperação judicial. Neste caso, a arbitragem poderia ser utilizada para solucionar conflitos decorrentes da própria implementação de medidas previstas no plano de recuperação judicial, sejam tais conflitos instaurados entre os próprios credores ou entre estes e a empresa em recuperação judicial (FARIA e COZER, 2011, p. 258).

Em ambos os casos, a arbitragem poderia ser cogitada como um método rápido e eficaz para solução destas controvérsias, sendo que as partes poderiam se beneficiar da maior flexibilidade deste procedimento em comparação com as demandas judiciais.

Vale destacar, entretanto, que apesar das vantagens apresentadas pela arbitragem, muitos ainda consideram problemática a sua utilização mediante cláusula compromissória inserida no plano de recuperação judicial vinculando a coletividade de credores e a empresa em recuperação em relação a conflitos potenciais. Isto porque - a despeito das discussões sobre a natureza contratual do plano de recuperação - a idéia de que a cláusula arbitral poderia vincular os credores que não a aprovaram expressamente ou, quando menos, aqueles que votaram especificamente contra a sua inserção no plano de recuperação judicial é ainda controvertida.²⁹

mecanismo de solução de disputas que digam respeito ao cumprimento das obrigações previstas no Plano" (CORRÊA, 2010. Op. cit. p. 85).

²⁸ O Comitê de Credores é um órgão de representação dos credores previsto pela Lei de Recuperação Judicial e Falências - arts. 26 e 27 da Lei 11.101/2005.

²⁹ O ponto também é examinado por Raphael Nehin Corrêa (2010), bem como por Cripa (2011, p. 183).

Semelhante discussão é verificada no âmbito do direito societário, com relação à adesão dos sócios da sociedade anônima à cláusula compromissória constante do estatuto social da companhia. Se a cláusula não tiver sido aprovada por unanimidade de votos, sua aplicação em relação aos sócios não aderentes é questionada, em razão da alegada ausência de voluntariedade no afastamento da jurisdição estatal, condição tradicionalmente reconhecida pela doutrina como necessária para a validade da cláusula arbitral.³⁰ Da mesma forma, verifica-se a existência de controvérsias no que se refere à aplicação da cláusula compromissória em relação a novos sócios, que tão somente aderiram genericamente ao contrato social previamente pactuado, sem anuência expressa à cláusula arbitral.³¹

Como a doutrina exige que as partes concordem expressamente com a submissão à arbitragem, não se admitindo sua contratação tácita ou por contrato de adesão (por força do art. 4º, parágrafos 1º e 2º, da Lei 9.307/1996), pode existir resistência à possibilidade de que a cláusula compromissória, ainda que aprovada pela Assembléia de Credores, obrigue aqueles credores que não concordaram com a sua adoção expressamente.

Por outro lado, tem sido apontada como viável a utilização da arbitragem por meio de compromissos arbitrais, contratados especificamente para solução de controvérsias concretas resultantes da recuperação judicial, já sendo conhecido o objeto e as partes envolvidas. Neste caso, em se tratando de uma controvérsia relativa a direitos patrimoniais e disponíveis, como parece ocorrer em relação a disputas na formação do Comitê de Credores, bastaria que as partes interessadas assumissem o compromisso de recorrer à arbitragem para dirimir a questão (FARIA e COZER, 2011, p. 259).

Esta possível utilização da arbitragem pode ser favorável à solução de divergências surgidas no âmbito do processo de recuperação judicial, em razão da celeridade e da maior flexibilidade do procedimento, bem como da independência dos árbitros e da especialização dos mesmos para dirimir questões específicas

³⁰ Sobretudo porque o acesso ao judiciário é uma garantia constitucional, conf. art. 5º, XXXV, CF/88.

³¹ Dessa maneira é possível traçar um paralelo entre o *quorum* que homologa o plano e aplicação da cláusula compromissória no contrato social àquele que adere à sociedade, como faz Pinto (2005): “Evidente que as situações são diversas, mas ambas se referem a deliberações que decorrem de ajustes consensuais em que a observância de um quórum ainda que qualificado, não terá o condão de vincular os que não tenham por ela optado, mas em ambos identificamos um traço comum, qual seja, o da lei dispor, expressamente sobre as matérias em que a vontade coletiva se impõe à individual” (PINTO, 2005).

eventualmente de ordem técnica ou envolvendo costumes de uma determinada atividade.

3.2 Procedimentos Concurrais na Arbitragem

Neste tópico considera-se que o procedimento arbitral foi instituído após a decretação da falência, ou seja, à época em que a falência foi decretada o procedimento arbitral ainda não estava em curso. Neste caso, é bastante intrincada a discussão sobre o cumprimento da convenção de arbitragem. Pela redação do art. 76 da Lei no 11.101/2005, quaisquer novas demandas envolvendo os bens, interesses e negócios do falido estão sujeitas à chamada *vis attractiva* do juízo falimentar, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas pela onde o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

De acordo com Donaldo Armelin (2007, p. 16), o art. 76 da Lei no 11.101/2005 aplica-se somente a demandas judiciais, não tendo qualquer aplicação a procedimentos arbitrais. Ricardo Tepedino (In: ABRÃO e TOLEDO, 2009, p. 426) coaduna do mesmo entendimento.

O mesmo ocorre no art. 6º, § 1º, da Lei no 11.101/2005, onde o legislador a expressão “ação que demandar quantia ilíquida”, sem especificar se seriam necessariamente ações judiciais. A jurisprudência mais autorizada entende que os procedimentos arbitrais também se enquadram no art. 6º, § 1º, da Lei no 11.101/2005, por demandarem quantia ilíquida. Assim, de um lado, a generalidade do legislador favorece uma interpretação ampla, a fim de abarcar procedimentos arbitrais no art. 6º, § 1º, da Lei nº 11.101/2005 e, de outro lado, defende uma interpretação restritiva, a fim de excluir procedimentos arbitrais do âmbito de aplicação do art. 76 da Lei nº 11.101/2005. Aqui, entende-se que deve haver um posicionamento uniforme, evitando-se contradições.

O segundo questionamento diz respeito às exceções à *vis attractiva* do juízo falimentar previstas no art. 76 da Lei nº 11.101/2005. A parte final do referido artigo dispõe que as demandas não reguladas pela Lei 11.101/2005 em que o falido

figurar como autor ou litisconsorte ativo não estarão sujeitas à *vis attractiva* do juízo falimentar. Como os procedimentos arbitrais não são regulados pela Lei nº 11.101/2005, enquadrar-se-ão na parte final do art. 76 se tiverem sido iniciados pelo próprio falido.³² Caso tenham sido iniciados em face do falido, tais procedimentos não se enquadrarão na parte final do art. 76 da Lei nº 11.101/2005, o que a princípio indicaria a sua necessária sujeição à *vis attractiva* do juízo falimentar.

Além das demandas não reguladas pela Lei nº 11.101/2005 em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo, o citado art. 76 somente utilizou da *vis attractiva* do juízo alimentar as causas trabalhistas e fiscais. Estas exceções foram criadas em razão da matéria e tendo em vista a existência de justiça especializada.

Não obstante a inexistência de dispositivo que expressamente excepcione os procedimentos arbitrais iniciados em face do falido da *vis attractiva* do juízo falimentar, entende-se que a melhor solução seria também afastá-los da competência do juízo falimentar. Conforme ensina Donaldo Armelin, da mesma forma que a reclamação trabalhista prossegue na Justiça do Trabalho, em razão da competência absoluta, “com maior razão a diversidade entre a jurisdição estatal e arbitral será bastante para esse fim” (ARMELIN, 2007, p. 16-29).

Nos casos em que existe convenção de arbitragem, as partes, de comum acordo, optaram pela arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias oriundas de um determinado negócio jurídico. A convenção de arbitragem é vinculante e exclui do Poder Judiciário a apreciação daquelas controvérsias devendo ser respeitada como garantia à aplicação dos princípios do *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade das partes.

Antes da promulgação da Lei nº 9.307/1996, existia o entendimento de que a cláusula compromissória não seria suficiente para afastar a competência do Poder Judiciário, por falta de efeito vinculante. A Lei nº 9.307/1996, porém, pôs fim a esta discussão. Há inúmeros julgados sobre o assunto, tanto nas instâncias

³² Existe acórdão do TJSP determinando que a massa falida teria a opção de ajuizar ação judicial ainda que tenha sido validamente contratada convenção de arbitragem anteriormente à data da quebra. Em outras palavras, a convenção de arbitragem não seria vinculante no caso de falência (VIEIRA, 2011. p. 303-314). Este posicionamento não é o defendido por Crippa (2011, p. 191). Se a demanda em comento estava sendo ajuizada pela própria massa falida, ela estava expressamente excepcionada da *vis attractiva* do juízo falimentar, nos termos da parte final do art. 76 da Lei nº 11.101/2005. Além disso, a convenção de arbitragem validamente celebrada é vinculante e afaste de imediato a competência do Poder Judiciário, não sendo maculada pela superveniente quebra de uma das partes

inferiores como nas superiores. A jurisprudência se consolidou no sentido de aceitar a arbitragem como meio de solução de conflitos, afastando a competência do Poder Judiciário.³³ Nas palavras de Carlos Alberto Carmona, “a vontade das partes é absolutamente clara no momento em que firmam a cláusula arbitral, no sentido de quererem afastar a competência do juiz togado para solucionar qualquer pendência que as envolva, decorrente de certa relação jurídica. É o quanto basta para que tal vontade (jurídica e jurígena) tenha efetiva proteção estatal, já que, se assim não fosse, estaria negada a tutela específica da obrigação assumida” (CARMONA, 2009, p. 135-136).

Assim, a superveniência da falência de uma das partes não teria o condão de retirar a validade e eficácia da convenção de arbitragem, ainda que a arbitragem não tivesse sido instituída à época da decretação da quebra.³⁴ A competência do Poder Judiciário (e, conseqüentemente, do juízo falimentar) foi afastada no exato momento em que a convenção de arbitragem foi contratada e, conseqüentemente, o juízo falimentar careceria de competência para julgar os conflitos submetidos à arbitragem, salvo se dissessem respeito a matérias da sua competência exclusiva.³⁵

Não se ignora que a leitura literal do art. 76 da Lei nº 11.101/2005 poderia levar a uma conclusão diferente, exigindo a sujeição dos novos procedimentos arbitrais movidos em face do falido à *vis attractiva* do juízo falimentar. No entanto, deve-se buscar uma interpretação principiológica e de acordo com as demais disposições do ordenamento jurídico brasileiro, pautada pela razoabilidade,

O STJ já se posicionou contrariamente à interpretação literal do art. 76 da Lei nº 11.101/2005. Aquele tribunal consolidou o entendimento de que as ações

³³ Nos termos do voto do relator neste último recurso, uma das inovações consignadas na Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) foi a de imprimir força cogente à cláusula arbitral, afastando, obrigatoriamente, a solução judicial do litígio e, conseqüentemente, dando ensejo à extinção do processo sem exame de mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC. O juízo arbitral, repita-se, não poderá ser afastado unilateralmente, de forma que é vedado a qualquer uma das partes contratantes impor seu veto ao procedimento pactuado. Em síntese, na vigência da cláusula compromissória, permite-se que o contratante interessado na resolução do tema tome a iniciativa para a instauração da arbitragem, ficando o outro uma vez formalizado o pedido, obrigado a aceitá-la sem nenhuma possibilidade de optar, unilateralmente, pela jurisdição estatal.” (STJ, REsp 612.439/RS.2007).

³⁴ Como ensina Armelin (2007, p. 16-29), emerge da celebração da convenção de arbitragem direito adquirido à sua instauração, prosseguimento e conclusão, sendo irrelevante a superveniência da falência de uma das partes.

³⁵ Tais como a decretação da falência e a ação revocatória falimentar (conforme arts. 3º e 134 da Lei 11.101/2005).

movidas pela União, autarquias e empresas públicas federais em face do falido, após a decretação da quebra, são da competência da Justiça Federal e não do juízo falimentar, ainda que tais ações não tenham sido expressamente excepcionadas no citado art. 76 da Lei nº 11.101/2005.³⁶

O terceiro questionamento diz respeito à eventual necessidade de interpelar o administrador judicial para que declare se cumprirá ou não a convenção de arbitragem, nos termos do art. 117 da Lei nº 11.101/2005.

Ronaldo Vasconcelos (2008, p. 137-138) entende que a convenção de arbitragem se submeteria à regra geral dos contratos bilaterais prevista no art. 117 da Lei nº 11.101/2005, em razão da sua natureza contratual. Segundo o referido autor, seria necessária a interpelação do administrador judicial para que, analisando a conveniência do cumprimento do contrato para a liquidação e conservação dos ativos da massa falida, declarasse se o cumpriria ou não.

Em linha com o exposto, entende-se que o art. 117 da Lei nº 11.101/2005 não se aplica às convenções de arbitragem. Independentemente de o procedimento arbitral ter sido instituído antes ou após a decretação da quebra, a convenção de arbitragem se consuma de pronto e não está sujeita ao art. 117 da Lei nº 11.101/2005, que se aplica aos contratos ainda não cumpridos.

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona (2009, p. 89): “basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19)”. Também são estes os ensinamentos de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (2009, p. 56): “A convenção de arbitragem válida afasta a jurisdição estatal. Assim, não cabe ao administrador judicial dizer se a cumpre ou não. A validade e eficácia do negócio jurídico não são afetadas pelo decreto de falência de uma das partes”. O referido autor afasta a aplicação do art. 117 da Lei nº 11.101/2005 às convenções de

³⁶ Salvo se disserem respeito às chamadas causas de falência, entendidas como o pedido de decretação de falência ou as ações reguladas pela Lei 11.101/2005. “*Ab initio*, indefiro o requerimento do Banco do Brasil S/A para remessa dos autos ao Juízo Falimentar, eis que não se tratando de causa de falência, assim entendida aquela em que se pede a decretação da quebra pela lei de falências, a competência para as ações em que fique como autora, ré, assistente ou oponente a União, autarquia ou empresa pública federal, é da Justiça Federal, ainda que movimentada contra massa falida, nos termos do inciso I do artigo. 109, CF/88”. (STJ, CC 16115/RS. Processo 199600001596/RS, 2002).

arbitragem e, conseqüentemente, afasta a necessidade de interpelação do administrador judicial para declarar se cumpre ou não a convenção de arbitragem.

Ricardo Tepedino (In: ABRÃO e TOLEDO, 2009) possui a mesma opinião. Segundo ele, a cláusula compromissória constitui negócio jurídico autônomo e consuma de pronto a renúncia definitiva à jurisdição do juiz togado, inexistindo razão para a interpelação do administrador judicial sobre o seu cumprimento.

Se houver interpelação do administrador judicial sobre o cumprimento de contrato onde tiver sido estabelecida cláusula compromissória, essa interpelação ficará restrita às demais obrigações previstas no contrato que não a cláusula compromissória, que é autônoma em relação ao contrato e independe do seu cumprimento, nos termos do art. 8º da Lei nº 9.307/1996.

Na prática, porém, não se pode descartar a hipótese de a massa falida resistir à instituição da arbitragem. Se isso ocorrer, a parte contrária terá o remédio previsto no art. 7º da Lei nº 9.307/1996, consistente do ajuizamento de ação judicial visando a forçar a parte contrária à celebração do compromisso arbitral. Diante da *vis attractiva* do juízo falimentar prevista no art. 76 da Lei nº 11.101/2005, a referida ação judicial seria distribuída ao juízo falimentar que, em última análise, ficaria responsável pelo seu julgamento.

Assim, por mais que se defenda a validade e eficácia da convenção de arbitragem no cenário de falência, a questão acabaria sendo remetida ao juízo falimentar caso a massa falida resistisse à instituição da arbitragem. Ainda que a cognição do juízo falimentar ficasse adstrita ao pedido de celebração do compromisso arbitral (e não ao mérito da arbitragem), não se poderia descartar a hipótese de ele julgar a ação improcedente caso entendesse que a competência para julgar a questão de mérito seria sua, com base no art. 76 da Lei nº 11.101/2005.³⁷

Outro ponto relevante à instituição da arbitragem diz respeito aos custos, incluindo honorários e despesas dos árbitros e custos administrativos do Tribunal Arbitral. Em geral, as partes costumam estabelecer a divisão proporcional dos custos na convenção de arbitragem. Dependendo do regulamento do Tribunal Arbitral, é

³⁷ O que daria margem à interposição de recurso pelo autor da respectiva ação judicial.

possível que haja uma provisão de custos e que seja determinado o seu adiantamento pelas partes no início do procedimento arbitral.³⁸

Há quem entenda que esses custos poderiam, na prática, inviabilizar o acesso da massa falida à via arbitral (TOLEDO, 2009, p. 32). Para Crippa (2011, p. 195), porém, os custos não representam um empecilho ao acesso à via arbitral. Caso a massa falida não tenha recursos disponíveis ou se recuse a efetuar o pagamento que lhe couber, a parte contrária terá a possibilidade de efetuar o pagamento com os seus próprios recursos, viabilizando o prosseguimento da arbitragem.

3.3 Desnecessidade de suspensão do procedimento arbitral

De acordo com o art. 6º da Lei 11.101/2005, a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspendem o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor onde se esteja pleiteando quantia líquida. Outra questão polêmica a ser analisada é se a suspensão prevista no art. 6º da Lei 11.101/2005 se aplicaria aos procedimentos arbitrais, ou seja, se a decretação da falência e o deferimento do processamento da recuperação judicial também suspenderiam o curso de procedimentos arbitrais movidos em face do devedor.

Considerando o espírito e a finalidade da Lei 11.101/2005, a intenção do legislador não foi apenas prever a suspensão de ações judiciais em face do devedor, mas sim de todas e quaisquer ações e execuções onde o demandante pleiteie quantia líquida.³⁹ Não parece fazer sentido que procedimentos arbitrais não estejam sujeitos à suspensão prevista no art. 6º da Lei 11.101/2005 pelo simples fato de não se tratarem de “ações” propriamente ditas. Apesar de a Lei 11.101/2005 se referir

³⁸ A título exemplificativo, mencione-se o Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional CCI, que contém essa exigência no art. 30.

³⁹ Há ações que não estão sujeitas à suspensão do art. 6º da Lei 11.101/2005, tais como ações movidas por credor titular da posição de proprietário fiduciário ou arrendador mercantil. Porém durante o período de suspensão previsto na Lei 11.101/2005, não se permitirá a venda ou retirada do estabelecimento do devedor de bens de capital essenciais à sua atividade empresarial (art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005). CRIPPA, 2011. Op. cit. p. 196.

apenas a “ações” em face do devedor, o que possui uma conotação judicial, entende-se que deve ser dada uma interpretação mais ampla ao art. 6º para que o espírito da lei seja observado.

Não obstante, o art. 6º é claro ao dispor que somente a ações e execuções onde o demandante estiver pleiteando quantia líquida serão suspensas. Sendo procedimento onde se discute quantia ilíquida, entende-se que a arbitragem não está sujeita à suspensão do art. 6º da Lei 11.101/2005 e pode ter curso normal perante o Tribunal Arbitral, independente da decretação da falência ou do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Como explica Pedro A. Batista Martins (2000), a arbitragem é, pela sua própria essência, “instituto que visa solucionar disputa, disputa essa de cunho ilíquido ou controvertido. Não se presta, ou ao menos não se deveria prestar, a solucionar questões passíveis de execução forçada”. Com base nesta lição, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (2009, p. 27) também defende o prosseguimento do procedimento arbitral quando o devedor venha a ajuizar pedido de recuperação judicial ou tenha sua falência decretada, diante da sua natureza não executória. Donaldo Armelin (2007, p. 29) explica que a continuidade do procedimento arbitral não violaria a ordem pública interna, não colocaria em risco a regularidade da execução concursal e não traria risco de tratamento discriminatório entre credores, já que a arbitragem não vai além da declaração do direito das partes.

O TJSP reconheceu com propriedade que a suspensão do art. 6º da Lei 11.101/2005 não se aplica a procedimento arbitral, onde se discute quantia ilíquida.⁴⁰

O STJ também reconheceu que as ações onde se esteja demandando quantia ilíquida não devem ser suspensas em casos de liquidação extrajudicial.⁴¹

⁴⁰ Além disso, não procede a afirmativa da decisão recorrida no sentido de que, decretada a quebra, deveria haver a imediata suspensão do procedimento arbitral, eis que, versando a demanda sobre quantia ilíquida, incide no caso o art. 6º § 1.º, da Lei 11.101/2005, que afasta a suspensão das ações movidas contra o devedor, prevista no ‘capítulo do referido dispositivo legal (AGRAVO DE INSTRUMENTO. AgIn 531.020.4/3-00, 2008).

⁴¹ “Liquidação extrajudicial. Suspensão de ação. Quantia ilíquida. A regra do art. 18, alínea a, da Lei 6.024/1974, sobre a suspensão das ações promovidas contra entidade em liquidação extrajudicial, deve ser interpretada em consonância com o disposto no art. 24 da Lei de Falências, não se suspendendo o curso de ação onde se litiga sobre quantia ilíquida, até que se obtenha título executivo. Recurso conhecido e provido”. REsp 94.221/RS. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: 4ª Turma. DJ: 20.8.1996. Apud: TJ-MS. Apelação Cível: AC 4203 MS 2004.004203-5, 2004. .

Apesar de o acórdão se referir a um caso de liquidação extrajudicial e não de recuperação judicial ou falência, a fundamentação foi exatamente a de inexistir razão para a suspensão de procedimento onde se esteja discutindo quantia ilíquida, já que seu prosseguimento não apresentaria risco de prejuízo ao devedor ou aos demais credores.

De uma forma geral, os tribunais arbitrais também têm evitado determinar a suspensão de procedimentos arbitrais em razão da superveniência da insolvência de uma das partes. Mesmo nos casos onde o prosseguimento do procedimento arbitral seria questionável, muitos árbitros têm determinado o prosseguimento se a parte contrária, ciente dos riscos envolvidos, assim expressamente requer. Neste sentido, Fernando Mantilla-Serrano (1995, apud: CRIPPA, 2011) defende que não há ninguém melhor do que a própria parte para determinar os seus interesses e, se a parte requerer o prosseguimento da arbitragem mesmo sabendo da existência de processo de insolvência, os árbitros devem atender à sua vontade.

Independente do prosseguimento do procedimento arbitral, a Lei nº 11 101/2005 estabelece que quaisquer ações iniciadas em face do devedor deverão ser prontamente comunicadas ao juízo falimentar ou da recuperação judicial pelo juiz competente, quando do recebimento da petição inicial, ou pelo devedor, imediatamente após a citação. Assim, o juízo falimentar deve ser imediatamente cientificado da instituição de qualquer arbitragem envolvendo devedor, devendo tal comunicação ser feita pelos árbitros ou pelo devedor.⁴²

Na prática, porém, a obrigação de cientificar o juízo falimentar pode trazer prejuízos para as partes. Uma das maiores vantagens proporcionadas pela arbitragem é o fato de que os procedimentos arbitrais são sigilosos, e muitas vezes as partes escolhem esse tipo de procedimento exatamente porque sabem que o negócio em questão é sensível e altamente confidencial.

⁴² Em seminário realizado em São Paulo em 21.06.2009, o Juiz Alexandre Lazzarini e José Emilio Nunes Pinto confirmaram que o procedimento arbitral envolvendo uma empresa em recuperação judicial ou que teve sua falência decretada não poderá ser sigiloso por ser do interesse de todos os credores (II Encontro Nacional de Arbitragem e Mediação, VI Seminário de Arbitragem e Mediação do Mercosul Seamerco). Também é esse o entendimento de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, op cit.

CONCLUSÃO

A arbitragem é um tipo diferenciado de jurisdição que não comporta paralelismo com execuções extrajudiciais, ainda que disciplinadas por normas processuais relativas a execuções concursais, como é o caso da falência. As relações entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal estão suficientemente estabelecidas na Lei 9.307/96. Nela restam definidos os lindes de atuação de cada tipo de jurisdição, sendo certo que, no Código de Processo Civil, estabeleceu-se a exclusão da jurisdição estatal pela ocorrência da convenção de arbitragem.

A exclusão da jurisdição estatal importa na exclusão de seus efeitos paralelos ou reflexos, que venham afetar a capacidade e/ou a legitimidade exigidas para a celebração da convenção de arbitragem. Sendo assim, os efeitos da atuação de legislação falimentar sobre a parte que firmou tal convenção são inábeis para obstar a realização e efetivação da arbitragem, quando esta já se encontra assegurada por convenção de arbitragem celebrada antes da decretação da liquidação extrajudicial.

As execuções concursais estatais não restam prejudicadas relativamente à arbitragem. Da mesma forma, inexistente caráter prejudicial da arbitragem relativamente às execuções concursais. A jurisdição arbitral incumbirá apenas a formação do título executivo, visto que a arbitragem não pode interferir no mundo fático. A empresa falida ou em liquidação sucederá nos processos judiciais, restando à agência reguladora ou autarquia o seu ingresso como assistente, assim como o Ministério Público atuará como *custos legis*. Importante dizer que, a decretação da falência ou da liquidação extrajudicial não gera um litisconsórcio necessário ulterior nos processos em que a empresa em liquidação figura como parte.

As diversas hipóteses de contato entre a arbitragem e a falência - recuperação judicial forçada -, ainda produzirão controvérsias na jurisprudência e na doutrina. A crescente utilização da arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos, combinado com pedidos de falência tende a tornar cada vez mais frequente o convívio – e também os conflitos -, entre os dois institutos.

A tendência da jurisprudência tem sido a de privilegiar o prosseguimento da arbitragem. Embora a questão ainda não tenha sido suficientemente discutida na jurisprudência, existem argumentos razoáveis para se defender a inexigibilidade de suspensão do procedimento arbitral caso uma das partes ou até mesmo ambas ingressem com pedido de recuperação judicial. Em relação à utilização da arbitragem no curso do processo de falência, a tendência também é a de prestigiar a utilização deste meio alternativo de resolução de conflitos como mecanismo célere e eficiente para a solução de disputas entre os credores da empresa em processo de falência ou entre estes mesmos credores e a recuperanda. A falência implica em restrições aos direitos e obrigações do devedor e dos terceiros que com ele contrataram e, em determinados casos, podem impactar os procedimentos arbitrais e acarretar a nulidade ou ineficácia das convenções de arbitragem.

Apesar de ainda haver resistência à utilização da arbitragem em casos desta natureza seja pelo Judiciário, seja pelas próprias partes -, ela pode ser benéfica aos credores e ao próprio devedor, garantindo celeridade e eficiência na resolução de conflitos. Para que a arbitragem possa ser utilizada, devem-se observar diversos limites impostos pela Lei 9.307/1996 e pela Lei 11.101/2005. A arbitragem somente poderá ser utilizada se (a) a convenção de arbitragem tiver sido celebrada por pessoa capaz de contratar e dispor dos bens; (b) versar sobre direitos patrimoniais disponíveis; e (c) não tratar de matérias de competência exclusiva do Juízo da recuperação ou da falência.

A efetiva utilização da arbitragem nestes casos dependerá do amadurecimento das partes e da consolidação dos dispositivos da Lei 11.101/2005. Espera-se que o Judiciário e os árbitros se mostrem abertos a soluções criativas para flexibilizar a utilização da arbitragem em prol da efetiva superação da crise econômico-financeira do devedor, da razoabilidade e da harmonização dos interesses dos credores e dos devedores sem, contudo, comprometer a segurança jurídica e os demais princípios norteadores do direito. Apesar dos benefícios da arbitragem quando da falência da empresa, ainda existem consideráveis entraves para a imposição da utilização da arbitragem aos credores que votam contrariamente à sua adoção. Não obstante, a arbitragem ainda pode ser eficientemente utilizada para a solução de conflitos pontuais ao longo do processo de falência.

REFERÊNCIAS

ACERBI, Andrea Goes. A extensão da cláusula compromissória nos estatutos das sociedades anônimas. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **A Cláusula Compromissória Arbitral**: uma Perspectiva comparada do Direito Canadense e do Direito Brasileiro. Tese [doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

ALMEIDA, Célio Mauro Placer Rodrigues de. **Modelos de Gestão Estratégica de Cadeias de Organizações**: um estudo exploratório. Programa de Pós-Graduação em Administração. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

ALMEIDA, Edineth. **Recuperação Judicial de empresa como Proteção da Sociedade**. JurisWay, 25.11.2011. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6874> Acesso em: 12.8.2015.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem societária**: das incertezas brasileiras. Instituto dos Advogados do Paraná. Revista Eletrônica, outubro, 2013. Disponível em: Disponível em: <http://www.instituto.adv.br/wp-content/uploads/2013/10/REV_ELETRONICA_PAULOOSTERNACK.pdf> Acesso em: 2.9.2015.

AMARAL, Osternack Paulo. **Arbitragem e administração pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a.4, nº 13, abr./jun.2007.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar. A revolução do empresariado. **Revista de Direito Privado**, nº 9, jan./mar. 2002.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado**, nº 7, jul./set. 2001.

BRAGHETTA, Adriana. A Importância da Sede da Arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTIN, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares – In Memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispões sobre a arbitragem. Brasília: **DOU**, 24.9.1996.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: **DOU**, 11.1.2002.

_____. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: **DOU**, 9.2.2005.

_____. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.** Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília: **DOU**, 27.5.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AGRADO DE INSTRUMENTO. **AgIn 531.020.4/3-00**. Relator: PEREIRA CALÇAS. Comarca de São Paulo. Órgão Julgador: Câmara Especial de Falências e Recuperação Judiciais. DJ: 25.6.2008. DJe: 30.9.2008. Disponível em: < <https://conima.wordpress.com/category/jurisprudencias/page/2/> > Acesso em: 12.9.2015.

BUSHATSKY, Daniel. **Administrador judicial deve assumir arbitragem**. Consultor Jurídico, 23.6.2011. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-jun-23/administrador-judicial-assumir-arbitragem-antes-falencia> > Acesso em: 29.9.2015.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 28, Porto Alegre, out./dez. 2010.

CAMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL - Organização Mundial de Negócios. **Regulamento de Arbitragem em vigor a partir de 1º de janeiro de 1998. Tabela de custos em vigor a partir de 1º maio de 2010**. Disponível em: < http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mhb_MA_12776.pdf > Acesso em: 20.9.2015.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa. O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 6.ed. [rev. e atual.] Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº9.307/96**. 3.ed. [rev., atual. e ampl.] São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

_____. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord.). **Reforma da lei das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARVALHO, William Eustáquio de. **Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa**. In: CARVALHO, William Eustáquio de; CASTRO, Moema A. S. de. *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. **Arbitragem e Mediação**. Fundação Getúlio Vargas, 2010.

CELESTE, Paulo Henrique Angelini. **Arbitragem**. 2015. Disponível em: < <http://www.portaldoead.com.br/artigo/2591307818450artigoarbitragem.rtf>. > Acesso em: 1.10.2015.

CHOEYPANT, Marisa. A Cláusula Compromissória. **RDM Revista de Direito dos Monitores da UFF**. 2015. Disponível em: < <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/download/76/50> > Acesso em: 28.9.2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 3.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 3.ed. Berkeley: Addison-Wesley, 2000.

CORREA, Raphael Nehin. **Arbitragem e Insolvência. Arbitragem no Brasil**. São Paulo: Imprensa Régia, 2010.

CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. **Revista dos Tribunais**, vol. 8, nº 29. São Paulo, jun., 2011

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e práticos dos contratos**. 6. ed. [rev. e ampl.]. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.

FARIA, Luís Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A Arbitragem e a Recuperação Judicial. Um Estudo sobre a Convivência e Possíveis Conflitos entre os Institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação - RArb**, ano 8, vol. 31, Outubro-dezembro, 2011. p. 250.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA, Luiz Antonio. **Falências e Recuperações de Empresas: Crise econômico-financeira. Comentários à Lei de Recuperações e Falências**. Brasília: Guerra, 2001.

JUNTA COMERCIAL DO PARANÁ. **EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada**. Disponível em: < <http://www.juntacomercial.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=163> > Acesso em: 2.9.2015.

JUS BRASIL. **Judicial. 1ª Instância. Capital**, 2.4.2009. DJSP. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/13677997/pg-940-judicial-1-instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-02-04-2009> > Acesso em: 2.9.2015.

LOPES, Rénan Kfuri. **Falência. Conceitos básicos**. 12.5.2014. Disponível em: < http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20140512103009.pdf > Acesso em: 2.9.2015.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2006. vol. 4.

MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96. 2ª parte. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. Nº 30/338. Abril-Junho, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. Tomo IV.

MONTEIRO, Karine dos Santos. **As hipóteses de Impugnação Judicial da Sentença Arbitral**. Conteúdo Jurídico, 7.1.2011. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese/as-hipoteses-de-impugnacao-judicial-da-sentenca-arbitral,30724.html> > Acesso em: 20.8.2015.

MOTA, Sílvia. Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Centro de Pesquisa Jurídica Sílvia Mota, 20.3.2005. Disponível em: < <http://www.silviamota.com.br/direito/ap-aval-DOC-falencia.doc> > Acesso em: 12.9.2015.

QUEIROZ, Jorge. **Prevenção de crises e recuperação de empresas**. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (org.). Recuperação de empresas. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas**. Barueri: Manole, 2008.

RUBENS, Carlos. **Direito Falimentar**. Universidade Salgado de Oliveira. Departamento de Ciências Jurídicas. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/48895952/APOSTILA-DIREITO-FALIMENTAR> > Acesso em: 20.8.2015.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de Empresas**. São Paulo: IOB, 2006.

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, Ano 10, nº 780, 22.8.2005. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/7170/a-arbitragem-na-recuperacao-de-empresas> > Acesso em: 12.8.2015.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 5.ed. Boston: Little, Brown and Company, 1998;

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. **A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 2005.

_____. Custo de transação e Externalidades no Direito. Caderno “Legislação e Tributos”. **Jornal Valor Econômico**, 3.1.2003.

_____. **Análise Econômica da Falência**. In: TIMM, Luciano (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SANTOS, Elenise Peruzzo dos. **Os princípios clássicos e atuais da lei de falências e recuperação de empresas**. In: BATTELO, Sílvio Javier. Principais controvérsias na nova lei de falências. Porto Alegre: Fabris, 2008.

SILVA, Marcelo Wendel. Recuperação da Empresa na Nova Lei de Falência e seus Impactos Macroeconômicos. In: **Revista Jurídica UNIJUS**, vol. 9, nº 10. Uberaba-MG, maio, 2006.

SOUSA, Douglas Cavallini de. Os avanços da nova lei de falências. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, nº 52, abr 2008. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2724 >. Acesso em: 8.8.2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **CC 79.170/SR**. Relator: Ministro Castro Meira. Órgão Julgador: 1ª Seção. DJ: 10.9.2008, DJe 19.9.2008.

_____. **REsp 399,644/SP**. Relator: Ministro Castro Filho. Órgão Julgador: 3ª Turma. DJ: 30.4.2002, *Dje*: 17.6.2002. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/289769/recurso-especial-resp-399644> > Acesso em: 20.9.2015.

_____. MC (Medida Cautelar) nº14.295/SP (2008/0122928-4), Relator: decisão monocrática da Min. Nancy Andrighi, DJ 13.6.2008. In: CBar Comitê Brasileiro de Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 25, 2010. Disponível em: < <http://cbar.org.br/site/revista-brasileira-de-arbitragem/2010-sumario-revista-n-25> > Acesso em: 3.9.2015.

_____. **Conflito de Competência: CC 16.075 SP 1995/0071083-8**. Relator: Ministro José de Jesus Filho. Órgão Julgador: S1 Primeira Seção. DJ 22.4.1996. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/546490/conflito-de-competencia-cc-16075> > Acesso em: 3.9.2015.

_____. **REsp 612.439/RS**, Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Ministro Joao Otávio de Noronha, DJ: 25.10.2005. *DJe* 14.09.2006. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7143033/recurso-especial-resp-612439-rs-2003-0212460-3/inteiro-teor-12856826> > Acesso em: 22.9.2015.

SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**. São Paulo: Campus, 2008.

TEPEDINO, Ricardo. Comentários aos arts. 105 ao 138. In: ABRÃO, Carlos H. e TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (coord). **Comentário à lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.), **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. **Revista de Arbitragem e Mediação** 20/31. São Paulo: RT, jan.-mar. 2009.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 3.

_____. **Curso de Direito Empresarial - Teoria Geral e Direito Societário**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2014. vol.1. [livro digital]

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO –TJSP. **Agravo de Instrumento nº 658.014-4/2-00-SP**. Relator: Roberto Solimene. Dj: 10.12.2009. Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado. *DJe*: 22.12.2009.

_____. **Ag 5310204300**. Relator: Manoel de Queiroz Pereira Calças. Órgão Julgador: Câmara Especial de Falências e Recup. Judiciais. Julgamento: 25.6.2008; *DJe*: 30.9.2008. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3192613/agravo-de-instrumento-ag-5310204300-sp> > Acesso em: 20.7.2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL - TJ-MS. **Apelação Cível: AC 4203 MS 2004.004203-5**. Relator: Des. João Batista da Costa Marques. Órgão Julgador: 4ª Turma Cível. DJ. 24.8.2004. Disponível em: < <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3961034/apelacao-civel-ac-4203/inteiro-teor-12043693> > Acesso em: 10.9.2015.

VASCONCELOS, Ronaldo. **Direito processual/falimentar**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VIEIRA, Máira de Melo. A obrigatoriedade da cláusula compromissória em caso de litígios envolvendo empresas sujeitas a processos de falência ou recuperação. vol. 8, nº 28. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, jan.mar./2011.

_____. A obrigatoriedade da cláusula compromissória em caso de litígios envolvendo empresas sujeitas a processos de falência ou recuperação.

Comentários ao AgIn 658.014.4/2-00 do TJSP. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, vol 8, nº 28, jan./mar. 2011.

WALD, Arnaldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (I). **Revista de arbitragem e mediação**, nº 12, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar. 2007.

_____. A arbitragem e o direito societário (II) casos práticos. **Revista de arbitragem e mediação**, nº 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2007.

_____. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. **Revista de arbitragem e mediação**, nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. I.